

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FACULDADE DE DIREITO

LUCAS GABRIEL SCHEIDWEILER

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO ÂMBITO EMPRESARIAL

CURITIBA

2017

LUCAS GABRIEL SCHEIDWEILER

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO ÂMBITO EMPRESARIAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Curso de Bacharelado em Direito – Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCAS GABRIEL SCHEIDWEILER

A Aplicação da Teoria do Domínio do Fato no Âmbito Empresarial

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

PAULO CÉSAR BUSATO

Orientador

*DECIO FRANCO DAVID - Departamento
de Direito Penal e Processual penal*

Primeiro Membro

*TRACY JOSEPH REINALDET DOS
SANTOS*

Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, aos meus pais, por estarem sempre presentes, por terem, durante todos esses anos, empenhado esforços para me proporcionar uma condição de vida em que eu pude me dedicar aos estudos. Sem vocês eu não estaria hoje me formando em Direito na Universidade Federal do Paraná. Agradeço por toda a preocupação que vocês demonstraram em relação aos mais variados aspectos da vida, por todo o amor que vocês me deram. O que sou hoje é devido a vocês. Tenho vocês como exemplos, não apenas exemplos profissionais, mas exemplos de como amar e de como se doar para quem se ama. Agradeço imensamente por tudo o que vocês fizeram por mim.

Agradeço, também, a todos os meus demais familiares, especialmente meus avós e avôs, que sempre acreditaram em mim e sempre se dedicaram em me proporcionar o mais terno amor.

Agradeço, igualmente, à Ana Luiza, com quem pude passar os últimos seis anos da forma mais alegre e especial. Sem você nada seria igual. Os anos que se seguiram desde o início da faculdade se tornariam mais árduos se eu não estivesse ao seu lado. Obrigado por estar comigo e por dividir essa felicidade conjunta que cultivamos.

Agradeço, de igual maneira, a todos aqueles que, de alguma forma, tornaram a experiência da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná muito mais agradável a partir das amizades já existentes ou as que fomos cultivando no decorrer destes cinco anos. Agradeço especialmente a André, Lucas Saikali, Lucas Chermont, Maria Clara Hanna, Paola Duarte, Rodrigo (Carioca), Victor Veiga e Waldir Félix. Com vocês aprendi muitas coisas e passei parte dos momentos mais especiais da minha vida. Agradeço por darem um especial significado à palavra amizade, e que ela se perpetue entre nós ainda por longos anos.

Agradeço a todos aqueles com quem tive o prazer de dividir a experiência profissional. Desde a Procuradoria Geral do Município, passando pelo Tribunal de Justiça e, atualmente, pelo Ministério Público do Estado do Paraná, tenho certeza que todos com quem trabalhei foram responsáveis pelos mais diversos aprendizados que pude ter nestes anos. Agradeço, especialmente, ao Dr. Carlos

Klein, por ser, além de um excelente Juiz, uma excelente pessoa com a qual pude aprender para muito além do Direito e que tenho como exemplo de profissional.

Agradeço ao meu orientador, Dr. Paulo César Busato, outro exemplo que tenho de profissional, por ter sempre sido solícito em responder às dúvidas que iam surgindo, por dedicar-se a analisar de forma profunda os escritos e indicar soluções, sempre visando o aprimoramento dos estudos que levaram a este trabalho.

Agradeço, finalmente, a Deus, por todas essas boas experiências que tive a oportunidade de viver.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as possibilidades de aplicação da Teoria do Domínio do Fato (Täterschaft und Tatherrschaft) no âmbito da criminalidade de empresa. Busca apresentar soluções para se reconhecer a autoria mediata pelo domínio da organização daqueles que estão na cúpula da estrutura de uma empresa, ao contrário do que defende Roxin. Para tanto, se rejeita um dos pressupostos para a configuração desta modalidade de autoria, que é a dissociação do direito por parte do aparato de poder. Além disso, é possível que estejam presentes, em estruturas empresariais, os outros requisitos para a configuração da autoria mediata pelo domínio da organização. Chega-se a essa conclusão a partir de estudos psicológicos e criminológicos da inserção do indivíduo em um grupo. Por fim, se analisa uma alternativa de imputação individual viável na criminalidade de empresa, quando não estejam presentes os requisitos da autoria mediata, que é a coautoria entre o homem de trás e o executor do fato punível.

Palavras-chaves: Domínio do Fato. Autoria Mediata pelo domínio da organização. Coautoria. Criminalidade de empresa. Claus Roxin.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the application possibilities of the Domain of the Fact Theory (Täterschaft und Tatherrschaft) in the business crime sphere. It aims to exhibit solutions to admit the mediated authorship over the organization domain of those who are at the top of a company's structure, contrary to what Roxin stands up for. Therefore, one of the assumptions for the configuration of this genre is rejected, which is the dissociation of the right by the power apparatus. Beyond that, other requirements for the configuration of mediated authorship by the organization's domain, could be present in business structure. It reaches to this conclusion as of psychological and criminological studies of the individual insertion in one group. Lastly, an alternative of viable individual imputation in company crime is analyzed, when the mediated authorship requirements aren't present, which is the co-authorship between the background man and the executor of the punishable fact.

Key-words: Domain of the Fact. Mediated Authorship Over the Organization Domain. Co-authorship. Company Crime. Roxin.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 BREVE INTROITO A RESPEITO DO CONCURSO DE PESSOAS EM DIREITO PENAL.....	11
2.1. CONCEITO EXTENSIVO E RESTRITIVO DE AUTOR.....	14
2.2. TEORIAS DA AUTORIA E PARTICIPAÇÃO.....	17
2.2.1. TEORIA SUBJETIVA.....	18
2.2.2 TEORIA OBJETIVO - MATERIAL.....	19
2.2.3 TEORIA OBJETIVO - FORMAL.....	20
2.3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUPERAÇÕES PROPICIADAS.....	22
3 AS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DE AUTORIA DE ACORDO COM A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	26
3.1 DOMÍNIO DA AÇÃO: AUTORIA DIRETA (IMEDIATA).....	26
3.2 DOMÍNIO DA VONTADE: AUTORIA MEDIATA.....	27
3.3 DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATO: COAUTORIA.....	32
4 A VISÃO DE ROXIN SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER AO ÂMBITO EMPRESARIAL	36
4.1 A ESTRUTURAÇÃO TEÓRICA DA AUTORIA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER.....	37
4.1.1 A ESTRUTURA HIERÁRQUICA DA ORGANIZAÇÃO E O PODER DE MANDO.....	44
4.1.2 A FUNGIBILIDADE DOS EXECUTORES.....	48
4.1.3 A ATUAÇÃO DO APARATO À MARGEM DO DIREITO.....	51
4.1.4 A PREDISPOSIÇÃO DO AUTOR IMEDIATO PARA A REALIZAÇÃO DO FATO.....	54
4.2. A IMPOSSIBILIDADE DE TRASLADO DA TEORIA À CRIMINALIDADE DE EMPRESA.....	57
4.3 PROBLEMÁTICAS RESULTANTES DA NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA AOS DELITOS EMPRESARIAIS.....	62
5 POSSIBILIDADE DE AUTORIA MEDIATA PELO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NO ÂMBITO EMPRESARIAL	67
5.1. A ERA GLOBALIZADA E A CRIMINALIDADE DE EMPRESA.....	68

5.2. SUPERAÇÃO DA VISÃO TRADICIONAL A RESPEITO DA DISSOCIAÇÃO DO DIREITO.....	81
5.3. A FUNGIBILIDADE DOS EXECUTORES E A DISPOSIÇÃO AO COMETIMENTO DO FATO NO MARCO DE GRANDES EMPRESAS.....	91
5.4. ALGUNS EQUÍVOCOS A SEREM EVITADOS.....	103
6 ALTERNATIVA VIÁVEL À IMPUTAÇÃO INDIVIDUAL NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA: COAUTORIA ENTRE O HOMEM DE TRÁS E O EXECUTOR	107
6.1. A DIVISÃO DE TAREFAS E O PLANO DELITIVO NO ÂMBITO EMPRESARIAL.....	109
6.2. A QUESTÃO DA 'COEXECUÇÃO'.....	112
7 CONCLUSÃO	119
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

1. INTRODUÇÃO

No âmbito da Teoria do Delito, um assunto que tem relevância e destaque é o atinente ao tratamento a ser dado aos diversos sujeitos que intervêm no fato criminoso. Assim, em se tratando de delitos cometidos em concurso de pessoas, a questão que há tempos se sobressai é como distinguir os sujeitos tidos por autores do crime e aqueles que são considerados seus partícipes.

Hodiernamente, considera-se que a teoria que se destaca e que representa o marco mais avançado da discussão é a Teoria do Domínio do Fato, a qual consegue, com clareza, diferenciar autores e partícipes. A ideia de domínio do fato ganha contornos sólidos com a obra de Claus Roxin, denominada *Täterschaft und Tatherrschaft*, lançada na década de 60 do Século XX.

Em conformidade com a Teoria do Domínio do Fato, erigem-se três formas de autoria, a saber, a autoria direta ou imediata, embasada no domínio da ação que tem o agente, a autoria mediata, cuja base é o domínio que tem o agente sobre a vontade de um instrumento e, por último, a coautoria, cujo fundamento é distribuição de tarefas entre os consortes, existindo, assim, um domínio funcional do fato.

A questão que mais gerou discussões em relação à teorização de Roxin é a chamada autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder (ou domínio sobre a organização), segundo a qual um agente que possui o poder de mando em um aparato estruturalmente hierarquizado, dissociado do Direito, com uma plêiade de executores plenamente responsáveis e fungíveis, cada qual com uma alta disposição ao cometimento do fato ordenado, é considerado autor mediato.

Atualmente, muito se discute se se pode trasladar esta modalidade de autoria mediata aos fatos cometidos em sede de criminalidade de empresa. O próprio Roxin compreende que referida teoria não se aplica à criminalidade cometida no seio empresarial, impossibilitando, assim, que os integrantes da cúpula sejam considerados autores dos delitos cometidos por seus subordinados a seu mando.

Busca-se, com efeito, defender a possibilidade de extensão da teoria do domínio do fato ao âmbito de empresa sob perspectivas outras que não a do

mencionado autor alemão, mesmo que com base em suas teorizações, mas buscando adequar a teoria à realidade socioeconômica e criminológica vivenciada.

Ao final, averiguar-se-á outra forma de fixação de autoria em crimes societários quando não concorrerem os pressupostos da autoria mediata pelo domínio da organização, a saber, a coautoria entre o homem de trás e o executor das decisões por aquele tomadas.

2. BREVE INTROITO A RESPEITO DO CONCURSO DE PESSOAS EM DIREITO PENAL

O delito pode ser obra de apenas uma pessoa, mas frequentemente resulta da ação conjunta de diversos agentes, como qualquer outra atividade cotidiana, devendo-se conhecer seus atores.¹ Jescheck, à luz da legislação penal alemã, comentou que os preceitos incriminadores inseridos na parte especial descrevem geralmente ações de uma só pessoa, partindo-se do pressuposto de que autor do delito é aquele que, por si, realiza os elementos do tipo². Asseverava que, todavia, o homem atua em diversas situações mediante colaboração de outrem, erigindo-se então o problema decorrente da intervenção de mais de um agente no fato punível³, a qual pode se dar para assegurar a consecução do delito ou garantir-lhe a impunidade, bem como mediante a reunião de agentes e distribuição de tarefas entre si ou pela cooperação em obra de outrem⁴.

Ao cometimento conjunto do delito dá-se o nome de concurso de pessoas, o qual pode ser necessário, quando se está diante de crimes plurissubjetivos – que só podem ser cometidos por mais de uma pessoa –, ou eventual, presente em razão dos delitos que podem ser cometidos por uma pessoa, ou seja, crimes unissubjetivos. Bitencourt destaca que as problemáticas resultantes da diferenciação entre os intervenientes no fato são típicas do concurso eventual de pessoas⁵.

Diante desta perspectiva do concurso de pessoas, surgem problemas a serem sanados relativos ao tratamento do fato aportado por cada interveniente, ou seja, como se dá a valoração do delito quando há mais de um sujeito ativo, e como se procede à diferenciação entre estes. Para responder essas indagações, impõe-se a análise, ainda que breve, das teorias concernentes ao *concursum delinquentium* e sobre a autoria.

¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 693.

² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 4.ed. Granada: Comares Editorial, 1993. P.585.

³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Ibidem. P.585.

⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**. Tomo II. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. P.257.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P.547.

Para que haja concurso de pessoas, é preciso a existência de uma pluralidade de condutas, mesmo que idênticas, bem como a relevância causal e de imputação – entendida como criação e realização do risco juridicamente proibido - de cada uma das condutas e a identidade da infração almejada.⁶ Além destes requisitos objetivos, deve concorrer também um de natureza subjetiva, a saber, o liame subjetivo que liga os agentes à realização da figura típica.⁷ Neste ponto, relevante notar que o vínculo subjetivo que liga os agentes não precisa decorrer de prévio ajuste⁸, mas a adesão ao ato criminoso deve se dar até o momento da consumação no *iter criminis*, sob pena de comissão de crime diverso⁹.

Verificados os requisitos para a existência do concurso de agentes, impende perpassar a análise, ainda que brevemente, a respeito das suas teorias no que atine ao tratamento a ser dado às contribuições aportadas ao fato por cada interveniente.

De acordo com a teoria pluralista, o concurso eventual de pessoas não passa de uma construção jurídica porquanto à multiplicidade de agentes corresponde a multiplicidade de crimes¹⁰. Assim, para essa teoria, tantos serão os crimes quantos os agentes que no fato intervirem, de sorte que cada agente carrega seu crime e responde pela sua atividade¹¹. Bitencourt anota que essa teoria é equivocada em razão de descurar que as condutas em concurso dirigem-se à consecução de um único crime, existindo, por conseguinte, unidade de imputação. Assim, por existir unidade de imputação, o tipo violado corresponde a um único delito, de sorte que ausente uma figura típica particular a ser imputada a cada um dos intervenientes¹².

A Teoria Dualista ou Dualística, por sua vez, faz a distinção entre dois crimes, um cometido pelo autor, sendo esse o sujeito que realiza a atividade principal e descrita no tipo de ação, e outro crime cometido pelo partícipe, que exerceria atividade secundária¹³. A teoria, no entanto, incorre no mesmo equívoco

⁶ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 695-696.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. P. 552.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ibidem. P. 560.

⁹ NORONHA, E. Magalhães (Edgard Magalhães). **Direito penal**: volume 1 : introdução e parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1973. P. 199.

¹⁰ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit.p. 702.

¹¹ BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 261.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 548.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ibidem. P. 548.

acima indicado, eis que o crime é apenas um, além do fato de, por vezes, a atividade do partícipe poder ser mais importante que a do autor¹⁴.

Derradeiramente, os adeptos da teoria monista ou unitária sustentam que, se o concurso de pessoas visa à consecução de um resultado comum, corolário lógico é a existência de um único crime. Asseverava há décadas Aníbal Bruno que “não há de se isolar a parte de cada agente para individualizá-la e torná-la independente. Todos os atos são frações de um conjunto unitário e pelo resultado visado por todos responde cada um dos agentes”¹⁵.

O Código Penal brasileiro, em função de adotar a teoria da equivalência dos antecedentes, tem em mira a teoria monista ou unitária, uma vez que não distingue a quantidade de crimes cometidos em concurso, considerando um só crime o fato, de sorte que todos que intervêm no delito por ele respondem¹⁶. Isso não significa, no entanto, que todas as contribuições para o fato delituoso são tratadas de maneira uniforme.

O Código Penal brasileiro, no artigo 29 e seus parágrafos, estabelece formas de diferenciação no tratamento a ser dado aos intervenientes no fato punível, contornando a igualdade absoluta dada às contribuições no delito¹⁷. Diz-se, assim, que o

“Código Penal brasileiro adota uma mescla entre a teoria unitária e a dualista. O princípio é unitário, porém, expressamente se reconhece a necessidade de matizações e bipartições que obrigam a considerar a hipótese de necessária diferenciação entre autores e partícipes.”¹⁸

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. P. 548; BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. **A Teoria do Domínio do Fato e o Código Penal Brasileiro**. DELICTAE. Vol. 2. N.02. Jan-Jun/2017. P. 91. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/21/20>. Acesso em: 22.09.2017.

¹⁵ BRUNO, Aníbal. Op. Cit. P. 261.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 549.

¹⁷ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade; § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço; § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

¹⁸ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 703. Igual entendimento é esposado, dentre outros, por BATISTA, ao dizer que o Código adotou o “monismo no injusto, pluralismo na reprovabilidade”. In: BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes. Uma Investigação Sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 39.

A despeito da discussão a respeito da quantidade de crimes existentes na atuação em concurso, Batista considera referido debate meramente acidental em relação àquele que, de fato, possui relevância, a saber, o que floresce dos conceitos restritivo e extensivo de autor¹⁹, adiante tratados.

2.1 CONCEITO EXTENSIVO E RESTRITIVO DE AUTOR

Feitas as considerações acima expostas, impende agora averiguar o tratamento dado acerca das concepções ou conceitos relativos ao autor.

O conceito extensivo ou unitário de autor se funda na relação de causalidade e na teoria da equivalência das condições e foi tecido na Alemanha, nos anos 30 do Século XX, tendo como seu principal idealizador Leopold Zimmer²⁰.

Dessarte, por fundar-se classicamente na teoria da equivalência das condições, de modo que toda condição é causa do fato, qualquer pessoa que aporte uma contribuição ao fato terá o causado e, por consequência, será seu autor²¹. Assim sendo, a punição recai sobre todos aqueles que intervêm no delito sem que seja necessária a punição do fato principal ao qual acedo o partícipe, pois este será automaticamente considerado como autor²².

Por inexistir, objetivamente, diferenciação entre partícipe e autor se tomada em conta mencionada concepção extensiva, a doutrina alemã, em observância aos preceptivos legais prescritores de diretrizes diferenciadoras, elaborou a teoria subjetiva com o fim de diferenciar os intervenientes no delito em conformidade com critérios eminentemente subjetivos²³. Tal teoria será posteriormente analisada, em conjunto com as demais teorias que intentam levar a cabo a diferenciação entre autores e partícipes.

¹⁹ BATISTA, Nilo. Concurso de Agentes. Uma Investigação Sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 31.

²⁰ BITENCOURT, César Roberto. Op. Cit. p. 554. A esse respeito, Nilo Batista faz referência de que os principais arquitetos da concepção extensiva foram Eberhard Schmidt e Mezger, in: BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 32.

²¹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General**. 9.ed. Montevideo: BdeF, 2012. p. 377.

²² MIR PUIG, Santiago. Ibidem. P.377.

²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. 6.ed. Curitiba, PR: ICPC, 2014. P. 346-347.

Da adoção da teoria extensiva de autor decorrem algumas consequências. A primeira delas é a consequência de que regulamentações legais de mera participação devem ser observadas como causas de limitação da punibilidade, bem como a diferenciação acima mencionada pautada na subjetividade do interveniente²⁴.

De qualquer sorte, Jescheck apontou que a adoção do conceito unitário leva a sérios problemas, tal como a consideração de pessoas que não executam delitos de mão própria como sendo seus autores, além de ensejar uma indesejada ampliação punitiva²⁵.

No entanto, diante da perspectiva legal da diferenciação da resposta penal dada aos intervenientes na Alemanha, ou através de uma perspectiva ontológica das diversas formas de conduta, foi formulada a concepção diferenciadora de autor.

À luz da parte geral do Código Penal de 1940, Heleno Fragoso afirmava que, a despeito de a lei tratar de forma igual aqueles que aportam uma contribuição ao fato punível, faz parte da própria natureza das coisas a distinção entre as diversas formas de interveniência. Assim, autor é aquele que realiza a ação constitutiva do núcleo do tipo legal, por si ou através de outrem (autoria mediata), e partícipe é aquele que, não realizando a conduta típica, concorre para a infração ou contribui em ação típica alheia²⁶.

De igual sorte, Zaffaroni e Pierangeli sustentam que a diferenciação entre autor e partícipe decorre do ôntico, da própria vida cotidiana, de modo que a adoção do conceito extensivo ou unitário, além de contrariar os princípios ínsitos ao Direito Penal, vai de encontro à própria natureza das coisas²⁷. Convém registrar que mencionados autores, à luz da legislação brasileira, asseveram que o Código Penal, mesmo após a reforma de 1984, não define autor, cúmplice e instigador, mas apenas normatiza critérios de fixação de penas. Afirmam, assim, que

Autor e partícipe não são, como vimos, conceitos inventados pelo direito penal, mas recolhidos do ôntico, da realidade. Por tal razão, o

²⁴ BATISTA, NILO. Op. Cit. p. 33-34.

²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 587.

²⁶ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 5. Ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1983. P. 255.

²⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 594.

Código não tem motivos para defini-los, mas remetê-los aos dados ônticos, limitando-se a fixar a regra de que, em princípio, todos têm a mesma pena²⁸.

Com efeito, sustentam os supracitados doutrinadores que o artigo 29, *caput* e seu §1º, do Código Penal, inserem disposições que determinam a construção de lógicas para se verificar quando a participação no injusto é de menor importância (§1º) e o grau de culpabilidade (*caput*), a ensejar, assim, “a necessidade inafastável de se distinguir entre autores e partícipes”, rechaçando, por conseguinte, a concepção unitária de autor, conforme exposto alhures²⁹.

Partindo de um ponto de vista diverso, Mir Puig assevera que a diferenciação entre autor e partícipe reside na delimitação conceitual a eles dada, bem como na noção de autor. O autor do delito possui relação umbilical com os tipos penais insertos na parte especial e, assim, realiza o fato que se amolda ao tipo ali previsto³⁰. Com efeito, os tipos previstos na parte especial das legislações penais são tidos como tipos de autoria, em razão de ser autor quem os realiza, ao passo que partícipe realiza os chamados “tipos de participação” previstos na parte geral. Neste aspecto, critica a expressão “conceito ontológico”, eis que a filosofia analítica relegou a essência das coisas, sendo estas determinadas a partir da intermediação convencional da linguagem³¹. Não se pode dizer, destarte, que a diferenciação parte do ôntico, mas sim do significado convencional das palavras utilizadas para designar os conceitos³².

De qualquer sorte, em que pese a divergência do ponto de partida, é indene de dúvidas que a adoção da concepção restritiva de autor relega a base da causalidade, de modo que a causação do delito não é sinônimo de sua realização, além do fato de que a diferenciação levada a cabo parte do tipo legal, porquanto a figura do autor está intrinsecamente ligada a realização dos tipos penais.³³

O Código Penal brasileiro não adotou de forma expressa algum dos sistemas de autoria e participação. Traz consigo, em sua exposição de motivos, o

²⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Ibidem. P. 595

²⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Ibidem. P. 595

³⁰ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. P. 374.

³¹ MIR PUIG, Santiago. Ibidem. P. 374.

³² MIR PUIG, Santiago. Ibidem. P. 374.

³³ BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 40-41. No mesmo sentido, BITENCOURT, César Roberto. Op. Cit. P. 555.

ponto de partida embasado no sistema unitário, mas elege, concomitantemente, regras no sentido de que cada agente responde na medida de sua culpabilidade e que é preciso diferenciar aqueles que participaram de forma menos relevante ou que queriam participar de crime outro³⁴. Eleva, pois, a imprescindibilidade de se estabelecer diferenças entre os intervenientes no crime, elegendo, por conseguinte, regras diferenciadoras³⁵.

Verifica-se, desta forma, que a despeito de o Código Penal adotar a teoria da equivalência das condições como base causal, longe estão a doutrina e a jurisprudência de manter a teoria unitária, inclusive pela adoção de critérios de imputação objetiva embasados na criação/realização do risco.

Por fim, da adoção do conceito restritivo de autor dimana a consequência de que a regulação legal levada a efeito acerca da mera participação deve ser vista como uma causa de extensão da punibilidade – ou da tipicidade³⁶.

Isto posto, em função do princípio da culpabilidade que rege o Direito Penal, obrigando, assim, a diferenciação pessoal entre os envolvidos na realização do delito, a concepção diferenciadora, que implica na responsabilização desigual dos intervenientes no fato punível, é a mais adequada³⁷.

Tecidas essas considerações a respeito dos conceitos extensivo e restritivo de autor, proceder-se-á com a análise sumária acerca das diferentes teorias que visam distinguir os autores e partícipes para, então, investigar a Teoria do Domínio do Fato e explanar as superações teóricas por ela ensejadas.

2.2 TEORIAS DA AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Analisar-se-á, no tópico em comento, brevemente, as teorias relativas à diferenciação entre autores e partícipes, até que se chegue à Teoria do Domínio do Fato.

³⁴ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A Teoria do Domínio... Op. Cit. p. 95-96.

³⁵ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A Teoria do Domínio... Ibidem. P. 98.

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 346 e 362.

³⁷ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. P 704.

2.2.1. TEORIA SUBJETIVA

A primeira teoria erigida para a diferenciação se deu no seio do sistema regido pela concepção extensiva. Como acima indicado, a concepção extensiva de autor escorava-se na teoria da *conditio sine qua non*, de modo que inexistiam, objetivamente, elementos diferenciadores entre as condutas aportadas ao fato.

A única distinção possível, portanto, entre autor e partícipe reside no *animus* do agente, de modo que autor, para a teoria subjetiva, é aquele que age querendo o fato como próprio – a dizer, com *animus auctoris* – ao passo que partícipe é aquele que age querendo o fato como alheio – a saber, com *animus socii*³⁸. Veja-se que a teoria subjetiva não leva em consideração a realização da conduta típica, escorando-se apenas no elemento volitivo dos agentes que atuam em concurso.

Isso levou a resultados político-criminais reprováveis, sendo correntes os exemplos doutrinários que versam sobre dois famosos casos: o primeiro, julgado pelo Tribunal do Império Alemão, é o chamado caso da banheira, em que a irmã da parturiente de um filho ilegítimo, a pedido desta, afogou a criança em uma banheira. O Tribunal, na ocasião, julgou a irmã que efetivamente afogou a criança como partícipe do crime de homicídio cometido pela mãe³⁹; o segundo caso é o denominado “caso Staschynskij”, no qual a Corte Federal Alemã entendeu ser partícipe um agente secreto que executou duas pessoas com gases tóxicos, seguindo instruções de autoridades de governo estrangeiro, uma vez “que não queria o fato como seu e apenas curvou-se, a contragosto, ao dolo de autor alheio”⁴⁰.

A crítica a respeito desta teoria recai precipuamente sobre o fato de que critérios embasados em fenômenos psíquicos e internos, como a vontade e o ânimo

³⁸ ANDRETTA, Luiz Renato Skroch. **Concurso de pessoas**: uma incursão nos problemas fundamentais do tema à luz da nova parte geral do Código Penal. 1999. 158 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. P. 30-31.

³⁹ GRECO, Luís. TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como Realização do Tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como Domínio do Fato: Estudos Introdutórios Sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 53

⁴⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...* Op. Cit. P.706

de autor ou partícipe, não são determináveis fácil e diretamente, sendo deveras imprecisos⁴¹.

Assim sendo, por estabelecer critérios extremamente imprecisos e que levam a resultados questionáveis, além de servir como mero complemento à concepção extensiva de autor, a teoria subjetiva deve ser rechaçada.

De outro lado, a tentativa de construir teorias puramente objetivas também não logrou êxito⁴².

2.2.2. TEORIA OBJETIVO-MATERIAL⁴³.

A Teoria Objetivo Material insere a distinção entre autoria e participação na ótica da relevância causal aportada ao fato pelas condutas.⁴⁴ Desta forma, é a importância objetiva da contribuição, mediante a maior contribuição causal para a consecução do intento criminoso, que servirá de base para a distinção entre autor e partícipe⁴⁵.

As raízes desta teoria remontam a Feuerbach e a diferenciação entre autor e partícipe decorre da diferença da própria relevância causal das condutas por eles aportadas ao fato, de modo que a ação do autor é causa, ao passo que a conduta do partícipe é condição do resultado⁴⁶. A distinção fundamental, portanto, dimana da própria relevância causal das condutas.

Bitencourt destaca que referida teoria tenta tratar a distinção

“considerando a maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição do autor em comparação com a do partícipe, ou a maior relevância material da contribuição causal do autor em relação à contribuição causal do partícipe, ou ainda a maior importância

⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 347.

⁴² ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 597.

⁴³ Há autores, com razão, que entendem ser a Teoria do Domínio do Fato uma Teoria Objetivo Material, vide: SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 347. BUSATO, Paulo. Direito Penal... Op. Cit. p. 708. Trata-se, todavia, no presente tópico da Teoria Objetivo Material tida como outra teoria, mencionada por parcela da doutrina, buscando-se assim a exposição de um maior número de entendimentos.

⁴⁴ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 65.

⁴⁵ JECHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. P. 590.

⁴⁶ ANDRETTA, Luiz Renato Skroch. Op. Cit. p. 33-34.

objetiva da contribuição do autor em relação à contribuição do partícipe⁴⁷.

Ocorre que essa teoria tão somente transporta as problemáticas relativas à causalidade para o campo do concurso de agentes. Veja-se que, além de se tornar inócua para aqueles crimes em que inexistia relação de causalidade, é de se observar que não será sempre a causalidade o centro fulcral da codelinquência⁴⁸. Derradeiramente, é de se ressaltar que os fundamentos da Teoria Objetivo Material não se adequam ao modelo penal brasileiro, porque este adotou, expressamente, a teoria da equivalência dos antecedentes causais⁴⁹.

2.2.3. TEORIA OBJETIVO-FORMAL.

Por sua vez, a Teoria Objetivo Formal sustenta que a distinção entre autoria e participação parte da análise da realização da ação típica. Assim, autor seria aquele que realiza o verbo contido no tipo, ao passo que partícipe é quem instiga ou aporta ao fato uma ajuda extratípica para a realização do injusto, sendo punível, por conseguinte, em função da existência de uma norma de extensão da punibilidade⁵⁰. Dessarte, se verifica que o conceito de autor, em consonância com a teoria objetivo-formal, está intrinsecamente ligado à Parte Especial das legislações penais, porquanto autor é quem realiza o verbo nuclear do tipo legal e partícipe é quem aporta uma contribuição cuja conduta não está descrita em tipos penais⁵¹.

Essa teoria perdurou na Alemanha por muito tempo e foi a teoria dominante na doutrina clássica brasileira⁵². O mérito da teoria é fundamentar a distinção da concorrência de agentes na execução do verbo típico, estando em conformidade com um sistema restritivo de autor. No entanto, embora consiga dar conta da distinção em hipóteses de autoria direta, a teoria objetivo-formal, além do seu excessivo formalismo, não consegue explicar adequadamente a distinção nos casos de autoria mediata e coautoria, uma vez que as ações do autor mediato e as

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. P. 556-557.

⁴⁸ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 66.

⁴⁹ BATISTA, Nilo. Ibidem. P. 66.

⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. P. 346.

⁵¹ ANDRETTA, Luiz Renato Skroch. Op. Cit. P. 35.

⁵² BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 60-61.

condutas praticadas em sede de coautoria, por vezes, não se amoldam diretamente à descrição típica⁵³.

Ademais, conforme preleciona Nilo Batista

“a crítica mais abrangente que se pode dirigir ao critério formal-objetivo consiste em que a filiação da autoria à realização pessoal da atividade executiva não se compatibiliza com a realidade, porque omite, como diz Roxin, a consideração da ‘estruturação do transcurso do sucesso’, disposta pelo homem que maneja a lei causal e a coloca a serviço de seus fins”⁵⁴.

Verifica-se, portanto, que nenhuma das teorias acima indicadas dá conta de explicar adequadamente a distinção entre autor e partícipe nas diversas modalidades de concurso de pessoas.

Desde os anos 30 do Século XX já estava lançada a ideia de um critério para distinguir autores e partícipes que não os acima indicados. Welzel, naquela época, falava em um domínio final do fato como critério reitor da autoria⁵⁵. Não obstante isso, a Teoria do Domínio do Fato ganha contornos definitivos em 1963, com o trabalho monográfico de Claus Roxin, ganhando assim a adesão da parcela majoritária da doutrina⁵⁶, tendo em conta que representa o estágio mais avançado da teorização concernente à diferenciação entre autor e partícipe, trazendo respostas não oferecidas pelas demais teorias.

No Direito brasileiro, no entanto, a teoria majoritária na doutrina clássica é a Teoria Objetivo - Formal, como acima já mencionado. Assim sendo, apenas contemporaneamente a Teoria do Domínio do Fato ganhou adesão majoritária por parte de nossos doutrinadores, a despeito de existir, ainda, diversos referenciais teóricos e com nítidas diferenciações⁵⁷.

⁵³ BITENCOURT, Cézar Roberto. Op. Cit. p. 556.

⁵⁴ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 65.

⁵⁵ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. P. 709

⁵⁶ GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato**. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís et al. *Autoria como Domínio do Fato: Estudos Introdutórios Sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P.21-22.

⁵⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato na Doutrina e na Jurisprudência Brasileira** – considerações sobre a APn 470 do STF. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. V.2. n.02, 2014. P.139-140. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/download/14319/10855>. Acesso em: 10.02.2017.

2.3. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUPERAÇÕES PROPICIADAS.

A Teoria do Domínio do Fato (embora possua precedentes no finalismo de Welzel quando esse se referiu a autor como sendo o sujeito que possui o domínio final do fato⁵⁸) foi desenvolvida sobremaneira por Claus Roxin e parte da insuficiência de critérios puramente subjetivos ou objetivos para a efetiva distinção entre os diversos indivíduos que intervêm no injusto penal⁵⁹.

Autor, assim, é aquele que possui o domínio do fato, tendo em suas mãos o curso, o se e o como do desenrolar do fato, decidindo a seu respeito, ou seja, é quem tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato punível⁶⁰. Autor, por conseguinte, é a “figura central do acontecer típico”⁶¹.

Sobredita teoria conjuga critérios objetivos e subjetivos, sendo, por muitos, denominada de uma teoria objetivo-subjetiva. A denominação da teoria como sendo uma teoria objetivo-subjetiva não é acolhida, no entanto, de forma unânime. Entende-se também que a Teoria do Domínio do Fato elege um critério objetivo-material para a diferenciação entre autor e partícipe, a saber, o efetivo domínio material que se tem sobre a realização do crime⁶².

Cirino dos Santos assevera que o critério objetivo é o concernente à Teoria Objetivo-Formal (execução da ação prevista no verbo típico) e que o critério subjetivo é o atinente à Teoria Subjetiva (elemento volitivo como propulsor do delito, consubstanciando o projeto da conduta), de modo que o fato é obra do autor, o qual o controla e o domina, realizando o projeto visado⁶³.

Desse modo, a mera possibilidade de interrupção da execução típica não basta para que se verifique o efetivo domínio do fato. É preciso, assim, que para além de um controle material haja a identificação do autor como titular daquele fato mediante averiguações da ordem de imputação objetiva e subjetiva, na causação do

⁵⁸ Jescheck afirma ter a Teoria do Domínio do Fato iniciado com Lobe. In: JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 593.

⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. P. 347-348. BITENCOURT, César Roberto. Op. Cit. P. 557.

⁶⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 597

⁶¹ GRECO, Luís. LEITE, Alaor. O que é e o que não... Op. Cit. p. 25.

⁶² BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 708; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 347

⁶³ DOS SANTOS, Juarez. Ibidem. P. 348.

resultado e na relação do risco entre a conduta e o fato e entre esse e os elementos subjetivos do tipo⁶⁴.

Por ter como ponto de partida o conceito restritivo de autor e vinculação ao tipo legal, não é toda contribuição causal que faz surgir a autoria do delito, mas tão somente a realização típica, e essa aparece como uma unidade de ordem subjetivo-objetiva. O fato, portanto, se dá como resultado de um processo volitivo que dirige o seu sucesso, acrescido do aspecto objetivo assumido pelos intervenientes, de sorte que autor é aquele que, em função de sua contribuição objetiva, tem o domínio do curso do fato⁶⁵. Pode-se afirmar, pois, que o “senhorio do autor sobre o curso do fato é proporcionado tanto pela forma em que se desenvolve a causalidade em cada caso como pela direção que é imprimida a ela”⁶⁶.

Diz-se que referida teoria aplica-se apenas aos delitos comissivos dolosos, tendo alguns autores admitido a sua incidência em sede de delitos culposos⁶⁷. Não há, todavia, como aplicá-la aos delitos omissivos próprios e impróprios, bem como aos delitos especiais, porquanto aqui há regras próprias para que se caracterize a autoria, pautadas na violação de um dever a demarcar os contornos da autoria⁶⁸ (além de que, nos delitos omissivos impróprios, há de existir a relação de garantidor do autor).

Partindo dessas ideias, não se atém à literalidade do tipo penal como único critério para se proceder com a distinção entre autor e partícipe, tal como feito pela Teoria Objetivo - Formal, posto que o aspecto subjetivo também ganha relevo. Com efeito, a interpretação a ser dada é aquela que condiga com o modo material de contribuições quando da atuação conjunta, de modo que, verificadas certas condições, aquele que se vale de outrem como instrumento para a prática de delitos também possui o domínio do fato (controle sobre o executor), dando base à autoria mediata. De igual sorte, quando há divisão de tarefas para a consecução do plano global, sendo cada uma delas imprescindível para a sua consecução, se está diante do domínio funcional que cada agente detém sobre a realização do fato.

⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 381-382.

⁶⁵ JECHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 594.

⁶⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 598.

⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 386-387.

⁶⁸ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. P. 385.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 29⁶⁹, nada apresenta de definições sobre autores ou partícipes, adotando uma forma simplista de resolução dos problemas concernentes à autoria e participação. Cirino dos Santos afirma que, pela redação do dispositivo legal, a lei penal brasileira adota ainda a teoria unitária de autor, mas o microssistema inserto nos parágrafos do referido artigo, bem como os artigos 30 e 31, a partir da reforma de 1984, fez com que se alterasse o paradigma unitário para um diferenciador, de sorte que a Teoria do Domínio do Fato é aplicável e compatível com a previsão legal constante na legislação pátria⁷⁰.

A igual resolução chegam Zaffaroni e Pierangeli, afirmando que o artigo 29 não estatui que todos que concorrem para o crime serão considerados seus autores, mas tão somente que, em princípio, a eles se estabelecerá um mesmo marco penal⁷¹.

De igual sorte, Busato e Cavagnari afirmam que o Código Penal brasileiro não é sistemático ao tratar do tema relativo ao concurso de agentes, existindo, assim, um conjunto misto de regras que permite se levar a cabo a distinção entre autoria e participação⁷². Assim, os artigos 29 a 31 do Código Penal não vão de encontro à Teoria do Domínio do Fato, eis que demandam a adoção de um critério apto a proceder com a distinção entre autoria e participação⁷³.

Isto posto, se erigem três formas de manifestação da autoria em conformidade com a Teoria do Domínio do Fato. Quando o agente, por si só, executa os elementos do tipo, estamos diante da autoria direta ou imediata, na qual o autor possui o domínio da ação⁷⁴. Quando o autor, todavia, pratica o delito mediante terceira pessoa como instrumento, estamos diante da autoria mediata ou indireta, na qual o autor age com o domínio da vontade⁷⁵. Por derradeiro, existindo sujeitos que realizem partes necessárias para a consecução do plano global

⁶⁹ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 349.

⁷¹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 595. Entendendo também que a reforma do Código Penal realizada em 1984 fez surgir um sistema diferenciador, entre outros: ANDRETTA, Luiz Renato Skroch. Op. Cit. p. 50. BITENCOURT, César Roberto. Op. Cit. p. 571. BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 39.

⁷² BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A Teoria do Domínio... Op. Cit. p. 122.

⁷³ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A Teoria do Domínio... Ibidem. p. 123.

⁷⁴ GRECO, Luís. LEITE, Alaor. O que é e o que não... Op. Cit. p. 25.

⁷⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal**. 7ªed. Madrid: Marcial Pons, 2000. P. 149

almejado pelos intervenientes, se está diante do fenômeno da coautoria, em que cada coautor possui o domínio funcional do fato⁷⁶. Tais modalidades serão analisadas mais detidamente no capítulo seguinte.

⁷⁶ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Ibidem. P. 149.

3. AS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DA AUTORIA DE ACORDO COM A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Feitas as explanações acerca das teorias da autoria, impende agora traçar considerações a respeito das formas pelas quais a autoria pode se expressar em conformidade com a Teoria do Domínio do Fato.

Saliente-se desde logo que, em que pese o presente capítulo ser destinado a registrar as manifestações da autoria para a Teoria do Domínio do Fato, a autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder será sucintamente apresentada, com a mera exposição de seus pressupostos, tendo em vista que será tratada de forma minudente em capítulo posterior.

3.1. DOMÍNIO DA AÇÃO – Autoria Direta (Imediata).

Aníbal Bruno já registrava que autor é aquele que, por si, realiza a ação típica, sendo o agente do fato principal ao redor do qual as formas de concurso aparecem⁷⁷.

Assim sendo, a doutrina conceitua a autoria direta quando há um único autor que, por si só, realiza a totalidade da conduta típica, detendo exclusivamente o domínio do fato.⁷⁸ Destarte, a autoria direta ou imediata é a expressão mais evidente da figura central do acontecer típico, porquanto o autor detém o domínio da ação, sem ser coagido ou estar em dependência de algum outro fator, e realiza individualmente todos os elementos do tipo penal⁷⁹.

⁷⁷ BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Op. Cit. p. 265.

⁷⁸ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 702; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 350; BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 77; ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 598; entre outros.

⁷⁹ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho ... Op. Cit. p. 151; GRECO, Luís. TEIXEIRA, Adriano. Op. Cit. p. 57.

A autoria direta fundada no domínio da ação não engendra maiores problemas, de sorte que a questão precípua que se exsurge com sua manifestação é a identificação, no âmbito processual, de quem praticou a conduta⁸⁰.

3.2. DOMÍNIO DA VONTADE- Autoria Mediata

Tem-se autoria mediata quando o autor se vale de interposta pessoa que funciona como mero instrumento para a execução do crime⁸¹. Assim, a autoria mediata está em consonância com a dominação da vontade, por parte do agente, do sujeito utilizado como instrumento, o qual atua de maneira subordinada⁸².

De acordo com Roxin, a autoria mediata vista da perspectiva do domínio do fato permite concluir que os casos de autoria não se reduzem a uma mera causação do resultado, tendo em conta que o sujeito de trás, nesta modalidade, é a chave para a realização do fato, e não o executor⁸³.

Com efeito, enquanto a autoria direta é regida pelo domínio da ação, cujo fundamento é a realização pessoal do tipo penal, a autoria mediata diz respeito a casos em que há ausência de ação executiva por parte do indivíduo de trás, de forma que o domínio do fato possui bases no poder exercido sobre a vontade do instrumento. Por isso falar-se em domínio da vontade⁸⁴.

De acordo com a doutrina, há autoria mediata quando o executor age em erro, seja de tipo ou de proibição, determinado ou aproveitado pelo autor mediato, quando o instrumento age mediante coação ou quando o autor mediato se vale de um inimputável para a prática do ilícito penal⁸⁵. Para além desses casos, Roxin formulou teorizações de situações de autoria mediata através de um executor plenamente responsável, quando este atua no seio de um aparato organizado de poder dominado pelo autor mediato.

⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 350.

⁸¹ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 129; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 560; BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 713; STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. **Parte General I. El hecho punible**. 4.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. P. 379; MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 388.

⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 350.

⁸³ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. p. 165.

⁸⁴ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Ibidem. P. 166.

⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. p.606-610.

No que tange à autoria mediata em função do erro de tipo em que se encontra o executor, é possível identificá-la quando o autor mediato induz em erro o instrumento acerca dos elementos constitutivos do tipo penal ou se vale da falsa percepção da realidade já existente⁸⁶. De igual sorte, há autoria mediata quando o agente induz o terceiro em erro de proibição ou se vale da já existente posição de erro em relação ao significado jurídico da conduta⁸⁷.

Roxin assevera que nos casos de domínio da vontade por erro do executor, a autoria se escora no fundamento de que o conhecimento do homem de trás é mais amplo do que o do executor, de forma que aquele tem a percepção do sucesso da ação de maneira aprofundada, existindo, assim, uma supradeterminação do sentido do sucesso da ação⁸⁸.

A doutrina majoritária entende que as situações que ensejam autoria mediata, nos casos em que o executor atua em erro de tipo ou erro de proibição determinado ou aproveitado pelo agente, são tão somente as de erro escusável, tendo em conta que, se o erro for inescusável, se estará diante de um executor responsável⁸⁹. No entanto, também há entendimento de que é possível a bipartição da responsabilidade nos casos de erro evitável/inescusável, respondendo o executor como partícipe e remanescendo a posição de autor mediato do homem de trás⁹⁰.

Há também autoria mediata no caso em que o executor atua de forma exculpável por coação moral irresistível ou por cumprimento de ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal, tendo em conta que a legislação penal brasileira determina a punição tão somente do coator ou do sujeito do qual emanou a ordem⁹¹.

No caso de coação moral irresistível, Roxin assevera que o sujeito de trás coloca o executor em situação de conflito moral, impulsionando-o a praticar o tipo de ação e formando sua vontade. O legislador, dessa forma, exime a responsabilidade

⁸⁶ BATISTA, Nilo. Op Cit. p. 135-136; BITENCOURT, César Roberto. Op. Cit. p. 560.

⁸⁷ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 393.

⁸⁸ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. p. 258-259.

⁸⁹ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 136; BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 713-714; JESCHECK, Hans- Heinrich. Op. Cit. p. 607.

⁹⁰ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Ibidem. P. 713-714.

⁹¹ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 136-137; BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Ibidem. P. 713. Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

do executor por questões ético-sociais em função da situação engendrada pelo autor mediato, estando com este a última decisão acerca da consecução do fato que fundamenta a sua responsabilidade penal⁹².

É de bom alvitre consignar que a coação corporal absoluta - *vis absoluta* – não é causa de autoria mediata, porquanto o instrumento funciona como mera massa mecânica, inexistindo, por conseguinte, domínio da vontade. Nesses casos, pois, o coator é tido como autor direto⁹³.

Majoritariamente entende-se que há domínio da vontade quando o autor se vale de um inimputável (menor de 18 anos ou agente que, por enfermidade mental ou desenvolvimento mental incompleto, não possui discernimento acerca do caráter ilícito de sua conduta ou não é capaz de portar-se em consonância com seu entendimento) para angariar êxito em sua empreitada delitiva⁹⁴.

Roxin leciona que no caso em que o agente se vale de um sujeito inimputável, a autoria mediata pode ter como fundamento tanto a base da coação (dominação da formação da vontade do executor) como a base do erro (supradeterminação configuradora do sentido do sucesso da ação)⁹⁵.

Por derradeiro, há a possibilidade de autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder. Como acima já consignado, o presente tópico apenas indicará os pressupostos, de acordo com a teorização de Claus Roxin, para a sua configuração, deixando para o capítulo subsequente uma análise minudente acerca desta modalidade de autoria mediata. É de se ressaltar, ademais, que a possibilidade de autoria mediata por domínio da organização, em que há um executor plenamente responsável, não é aceita de forma pacífica pela doutrina penal.

⁹² ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. p. 169-172. Tal entendimento é o que dá base ao chamado Princípio da Responsabilidade.

⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 598; MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 389; ANDRETTA, Luís Renato. Op. Cit. p. 56.

⁹⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. p. 260-261; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...* Op. Cit. p. 713; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 608-609; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 560; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 351; BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 139-140; entre outros. Minoritariamente, Zaffaroni e Pierangeli entendem que o só fato de o agente utilizar um inimputável não é suficiente para embasar a autoria mediata, porquanto existe apenas uma probabilidade de que a interposta pessoa cometa o ilícito penal, carecendo, assim, do domínio da vontade. In: ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 600.

⁹⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Ibidem. P. 269.

De acordo com Claus Roxin, os aparatos organizados de poder fundamentam uma situação especial na qual a responsabilização daquele de quem as ordens dimanam não se esgota tão somente no domínio da vontade, mas sim nas características do aparato⁹⁶.

Nesses casos, Roxin faz menção ao “sujeito de trás que possui à sua disposição uma organização com cuja ajuda pode cometer seus crimes sem ter de delegar a sua realização autônoma ao executor”⁹⁷.

Diz-se, dessa forma, que há um autor por detrás de um executor plenamente responsável, destoando dos outros casos de autoria mediata. No entanto, Roxin estabelece critérios para que seja possível configurar a autoria mediata por domínio da organização. Assim, o renomado penalista afirma ser necessário que o agente exerça um poder de mando no marco da organização (primeiro pressuposto), que a organização seja desvinculada do Direito (segundo pressuposto) e que os executores sejam fungíveis, ou seja, substituíveis a qualquer tempo, de modo que suas vontades individuais em nada alteram a consecução do crime (terceiro pressuposto)⁹⁸.

Esses pressupostos, por consequência, dão azo a um quarto pressuposto⁹⁹, qual seja, a propensão do cometimento do delito por parte do executor, eis que há uma pressão para o cumprimento da ordem emanada do superior hierárquico, além do fato de que outro sujeito realizaria a ação independentemente da vontade do executor (fungibilidade dos executores)¹⁰⁰.

Destarte, aquele que, se servindo de uma estrutura de poder verticalmente organizada e apartada do direito, emite uma ordem a executores fungíveis, é verdadeiro autor mediato do fato, de acordo com a doutrina encampada por Roxin.

De qualquer sorte, é importante salientar que o que fundamenta a autoria mediata é a subordinação da vontade do executor à do autor mediato, de forma que

⁹⁶ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 715.

⁹⁷ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. P.279.

⁹⁸ ROXIN, Claus. **Sobre a Mais Recente Discussão Acerca do Domínio da Organização**. In: AMBOS, Kai (coord). BÖHM, María Laura (Coord). **Desenvolvimentos Atuais das Ciências Criminais na Alemanha**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. P. 311; STRATENWERTH, Gunther. Op. Cit. p. 394.

⁹⁹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 716.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. P. 311. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 353-354.

o homem de trás domine o instrumento. Acaso esse domínio esteja ausente, não há de se falar em autoria mediata¹⁰¹.

Também impende registrar que a autoria mediata não é possível em todas as modalidades de delito. Não há de se falar em autoria mediata nos crimes de mão própria, eis que exigem que o autor seja, necessariamente, o executor da ação. Também não há autoria mediata nos delitos próprios ou especiais, já que é necessário que o autor reúna qualificações especiais previstas nos respectivos tipos. De igual modo, não é possível autoria mediata nos delitos imprudentes, tendo em vista que ausente o direcionamento da vontade, sendo impossível a expressão do domínio do fato em razão da ausência de vontade reitora em relação ao resultado pretendido¹⁰².

A doutrina majoritária entende que, acaso o homem de trás se valha erroneamente de indivíduo em erro ou inimputável quando, em verdade, o executor tinha plena ciência dos acontecimentos ou era imputável, o domínio do fato e a autoria mediata desaparecem, remanescendo a participação por indução ou instigação¹⁰³. No entanto, há entendimento doutrinário, ainda que minoritário, no sentido de que a adesão dolosa ao delito pelo outrora instrumento fundamenta a coautoria, tendo em vista que se estabelece divisão de tarefas¹⁰⁴.

Derradeiramente, quando o instrumento erra na execução, há *aberratio ictus* para o autor mediato, porquanto o executor é mero instrumento em suas mãos para colimar o intento delitivo¹⁰⁵.

Os casos de excesso, por sua vez, devem ser averiguados em conformidade com a regra insculpida no artigo 29, §2º, do Código Penal¹⁰⁶. Batista assevera que o excesso, no caso de autoria mediata, deve ser verificado com base na inclusão do resultado mais grave, ainda que indiretamente, no domínio do instrumento, além de

¹⁰¹ ANDRETTA, Luís Renato. Op. Cit. p. 61.

¹⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 351; BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 717-718; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 605; BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 132.

¹⁰³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Ibidem. p. 611-612; BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Ibidem. P. 718; SANTOS, Juarez Cirino dos. Ibidem. P. 354-355.

¹⁰⁴ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Ibidem. P. 718.

¹⁰⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 355.

¹⁰⁶ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (...)§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

ser imprescindível a análise de se o desvio foi produzido no mesmo contexto da ação dominado e se representa ou não um desvio sempre possível¹⁰⁷.

Se o “excesso” sobrevier como consequência necessária na linha de raciocínio estabelecida, será ele atribuído ao autor mediato, eis que, em verdade, excesso não houve¹⁰⁸. Por sua vez, acaso o excesso não esteja abarcado pelo domínio do instrumento ou extrapole os lindes da previsibilidade, não deve ser atribuível ao autor mediato, respondendo apenas pelo delito por ele previsto¹⁰⁹. Derradeiramente, no caso de o excesso não ser considerado como decorrência necessária da ação querida, porém sendo ele previsível, será atribuída ao autor mediato a pena do delito menos grave, majorada até a metade, conforme prescrição do artigo 29, §2º, do Código Penal¹¹⁰.

3.3. DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATO: Coautoria

A coautoria é marcada pela comum resolução e realização do fato pelos intervenientes. Baseia-se, assim, na divisão de tarefas para a consecução do plano delitivo almejado¹¹¹.

Assim, a terceira modalidade de domínio do fato está relacionada com a atuação conjunta de mais de um agente, quando uma pluralidade de intervenientes, com decisão comum de realizar o fato, para sua consecução contribuem de forma imprescindível, existindo, assim, o chamado domínio funcional do fato¹¹².

Para a configuração da coautoria, é necessário que todos os agentes possuam o domínio funcional do fato, de forma que cada qual domine o sucesso da ação, tornando possível sua realização ou ao menos diminuindo consideravelmente a possibilidade de falha¹¹³. É necessário, ademais, que haja um liame subjetivo interligando os autores, consubstanciado pela comum resolução do fato (elemento

¹⁰⁷ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 152-153.

¹⁰⁸ BATISTA, Nilo. Ibidem. P. 153.

¹⁰⁹ BATISTA, Nilo. Ibidem. P. 153.

¹¹⁰ BATISTA, Nilo. Ibidem. P. 153-154.

¹¹¹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 719; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 356; BATISTA, Nilo. Ibidem. P. 101; BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 265.

¹¹² GRECO, Luís. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria... Op.Cit. p. 30; ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 601.

¹¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 614; ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. P. 309. BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 102.

subjetivo)¹¹⁴. Objetivamente, cada interveniente possui uma função parcial, inserida no plano global como necessária para o êxito do intento delitivo¹¹⁵, o que determina o domínio parcial do fato de cada agente.

A convergência subjetiva e objetiva expressa, assim, o acordo de vontades entre os agentes no que tange ao fato delituoso, que pode ser tácito ou expreso, anterior ou contemporâneo à execução daquele (surgindo, nesse último caso, a coautoria sucessiva)¹¹⁶, não sendo necessário, pois, prévio ajuste.

Com efeito, em função da divisão de tarefas dos agentes, visando à consecução do plano delitivo comum, vige na coautoria o princípio da imputação recíproca, de forma que todos os atos praticados por um coautor são estendidos aos demais¹¹⁷. Assim, cada interveniente é cotitular da resolução comum e da realização conjunta do fato, fazendo com que as contribuições individuais se conjuguem unitariamente, de forma que o resultado total angariado é atribuído a todos os participantes¹¹⁸.

Por ser o resultado total atribuído a todos os sujeitos que intervirem no fato, em razão de ser uma obra comum, é de bom alvitre registrar que, mesmo que uma ação individualmente considerada sequer seja típica, ainda remanescerá a atribuição da coautoria a seu comitente, eis que leva-se em consideração o injusto almejado¹¹⁹.

A esse respeito, Luiz Renato Andretta assevera que

“Cabe evidenciar que num empreendimento coletivo como a coautoria, não raro cada contribuição para o desiderato comum é diferente de outra, seja na concatenação do plano a ser implementado, seja na escolha dos meios, seja na execução da figura típica. Algumas dessas contribuições – os atos executivos, por exemplo – enquadram-se diretamente no tipo, outras não necessariamente. O certo, no entanto, é que há coautoria quando cada um dos aportes seja absolutamente indispensável para a caracterização da infração, de modo que cada um dos parceiros

¹¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 357; BITENCOURT, C  zar Roberto. Op. Cit. p. 560-561.

¹¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 614; ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. p. 310.

¹¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 358; BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 719.

¹¹⁷ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 401; BITENCOURT, C  zar Roberto. Op. Cit. p. 561.

¹¹⁸ ANDRETTA, Luiz Renato Skroch. Op. Cit. p. 64.

¹¹⁹ JESCHECK. Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 616; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 358.

detenha, dentro de sua função, o domínio do fato, de modo a influir decisivamente no se e no como do crime.”¹²⁰

Muito se discute a respeito da necessidade de os coautores concorrerem na execução do fato ou estarem presentes no local da ação para a configuração da coautoria. Não obstante o tema se enquadre no âmbito teórico do domínio funcional do fato tratado no presente tópico, será ele abordado no último capítulo deste estudo, em razão de ser correlato e necessário ao deslinde da discussão que lá será entabulada.

Além disso, a doutrina se divide acerca da possibilidade de coautoria em crimes imprudentes e em delitos omissivos. No que atine aos delitos imprudentes, a doutrina brasileira, majoritariamente, entende ser possível a coautoria, tendo em vista que o acordo de vontades se dirige à conduta dos agentes, e não ao resultado. Assim, a vontade dos intervenientes converge para a realização da própria conduta nos delitos culposos, e não ao resultado¹²¹. A doutrina espanhola espousa o mesmo entendimento da doutrina majoritária brasileira, ao passo que a doutrina alemã rechaça a possibilidade de coautoria em delitos imprudentes¹²².

No que atine aos delitos omissivos, a doutrina brasileira diverge acerca da possibilidade de coautoria. Parte entende ser possível a coautoria em delito omissivo, tendo em vista que o fundamento é o mesmo, ou seja, há união de desígnios e abstenção comum em relação à ação mandada¹²³. Outra parcela da doutrina entende não ser possível coautoria em delitos omissivos, haja vista que a estrutura destes crimes se funda em deveres de atuação (geral nos omissivos próprios e individual nos omissivos impróprios), sendo a autoria atribuída individualmente em razão da quebra do dever imposto¹²⁴. Parece ter razão a segunda corrente, já que, conforme visto, os delitos omissivos são regidos por critérios de violação de deveres, e não pelo domínio do fato.

¹²⁰ ANDRETTA, Luiz Renato Skroch. Op. Cit. P. 65.

¹²¹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. P. 720-721; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 567; Juarez Cirino dos Santos, por exemplo, entende não ser possível a coautoria no âmbito dos delitos culposos, justamente por carecerem esses de uma finalidade ilícita reitoria da atividade dos consortes, além de considerar desnecessária a coautoria, porquanto autor será, individualmente, cada qual que violar a observância do dever objetivo de cuidado In: SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 357.

¹²² MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 406; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 617.

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 568.

¹²⁴ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 723.

Derradeiramente, a doutrina majoritária brasileira entende ser possível coautoria em delitos especiais ou próprios, em razão da regra estabelecida no artigo 30 do Código Penal¹²⁵, havendo comunicação das circunstâncias especiais elementares do tipo do *intranei* ao *extranei*. A problemática resultante do excesso por parte de um dos coautores é resolvida de igual maneira quando da abordagem da questão na autoria mediata, ou seja, em consonância com o artigo 29, §2º, do Código Penal, verificando-se se o excesso pode ser considerado um desenrolar imprudente ou necessário da conduta querida e se era ou não previsível pelos demais coautores¹²⁶.

No capítulo seguinte, analisar-se-á, de forma especificada, a autoria mediata pelo domínio da organização e as discussões que dela surgem.

¹²⁵ Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Nesse sentido: BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Ibidem. P. 721-722; Dentre outros. Minoritariamente, entende-se que deve o extranei ser considerado mero partícipe, tendo em vista que não reúne as qualificações exigidas pelo tipo especial. Defensor dessa tese é, por exemplo, SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 361.

¹²⁶ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 121-125.

4. A VISÃO DE ROXIN SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER AO ÂMBITO EMPRESARIAL.

Foram acima analisadas, ainda que não exaustivamente, as formas de manifestação da autoria que podem surgir a partir da Teoria do Domínio do Fato, com a breve exposição de algumas questões que são objeto de discussão em sede doutrinária.

No que tange à autoria mediata, se verificou que ela é possível quando se tem o domínio da vontade, por parte do sujeito de trás, do executor do fato, e isso se dá quando o autor mediato cria ou se aproveita de uma situação em que o instrumento se encontra em um estado de erro ou quando está sob coação moral, além de ocasiões em que se vale o autor mediato de um inimputável para a consecução de seu intento delitivo.

Constatou-se, também, que o professor alemão Claus Roxin formulou hipótese outra de autoria mediata, qual seja, quando se tem um aparato organizado de poder à disposição do sujeito que se encontra na cúspide – e como se verá, em posições também intermédias – de uma estrutura hierarquizada.

Chega o momento, desta forma, de se analisar de maneira mais minudente a autoria mediata fundada no domínio de um aparato organizado de poder, especificando quais são os pressupostos tradicionalmente elencados por Roxin e as modificações que foram por ele realizadas em momentos posteriores.

Com efeito, verificar-se-á a impossibilidade, para Claus Roxin e os adeptos de sua teoria, do traslado desta modalidade de autoria à criminalidade cometida por intermédio de uma sociedade empresária e alguns dos efeitos que essa perspectiva engendra.

Apenas perpassando todos esses pontos é que se terá o aporte teórico necessário para a formulação de críticas acerca de determinado requisito que enseja o óbice à aplicação da supracitada teoria aos delitos cometidos por meio de macroempresas.

4.1. A ESTRUTURAÇÃO TEÓRICA DA AUTORIA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER.

No período do pós-guerra, sobremaneira em função dos julgamentos perpetrados em face de nazistas que ocupavam altos cargos, como os julgamentos de Nuremberg contra, por exemplo, Herman Göring, comandante da Luftwaffe e presidente do Reichstag, Rudolf Hess, vice-presidente do partido nazista, os quais se deram entre 1945 e 1946, e principalmente o julgamento de Adolf Eichmann, promovido em Jerusalém no ano de 1961, Roxin constata que as teorizações acerca da autoria, tal como vinham sendo conduzidas, a saber, a partir de um viés individualista, não eram suficientes e sequer adequadas para explicar o fenômeno da máquina de comissão de crimes que foi a estrutura do Nacional Socialismo alemão¹²⁷.

Roxin assevera que a autoria mediata por domínio de aparatos organizados de poder está intrinsecamente relacionada a uma série de casos com os quais a jurisprudência do pós-guerra teve de se preocupar, e caracteriza-se pelo indivíduo de trás que tem a sua disposição uma máquina de pessoas, “com cuja ajuda pode cometer seus crimes sem ter que delegar sua realização à decisão autônoma do executor”¹²⁸.

Desta maneira, os crimes cometidos no âmbito de guerras, ou os delitos que se dão por intermédio do próprio aparato estatal e de determinadas organizações, tal como a máfia, não devem ser analisados em conformidade com as categorias individualistas da teoria do delito, de sorte que autoria, cumplicidade e indução, tal como tradicionalmente teorizadas, não dão conta, por si só, de tratar dessas empreitadas criminosas coletivas. Isso não afasta a possibilidade, no entanto, de se aferir a responsabilidade do executor a partir da perspectiva da dogmática

¹²⁷ ROXIN, Claus. Autoría como Dominio del Hecho... Op. Cit. P. 270-275. Asseverando ser o propulsor dos esforços o julgamento de Eichmann promovido em Jerusalém: ROXIN, Claus. **O Domínio Por Organização como Forma Independente de Autoria Mediata**. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Revista Acadêmica de Direito. Law E-Journal. Panóptica. V.4, 2009. P. 70. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86>. Acesso em: 15.05.2017.

¹²⁸ ROXIN, Claus. Autoría como Dominio del Hecho... Ibidem. P. 270.

individual¹²⁹. Nesses casos, o que existe é um autor por detrás de um autor plenamente responsável.

Em relação ao caso que foi o ponto fulcral para as teorizações levadas a cabo por Claus Roxin, a saber, o julgamento de Eichmann em Jerusalém promovido em 1961, Arendt, ao acompanhar as sessões, asseverara que Adolf Eichmann negava os assassinatos de judeus porque nunca havia matado nenhum ser humano, de sorte que poderia ser julgado apenas por “ajudar e assistir” a aniquilação do povo judeu¹³⁰. Adolf Eichmann foi um dos principais responsáveis pela concretização da chamada “Solução Final da Questão Judaica”, cujas particularidades foram idealizadas pelo principal cérebro da Conferência de Wannsee, Reinhardt Heydrich¹³¹. A concretização da “Solução”, por parte de Eichmann, se deu mediante a organização dos transportes dos judeus para os campos de concentração e para a imediata execução¹³². Não agia ele, no entanto, praticando os atos de execução propriamente ditos, de forma que, pela dogmática tradicional da autoria, seria ele tido como mero partícipe, o que destoa por completo da realidade criminológica vivenciada durante o regime Nacional Socialista alemão.

Assim, em razão de Eichmann possuir o poder de mando (de parte da organização, requisito suficiente para caracterizar o poder de mando, como se verá) e ter a sua disposição uma plêiade de executores fungíveis, tinha ele efetivo domínio sobre o aparato de poder e, por conseguinte, deveria ser tomado como autor mediato dos crimes perpetrados a seu mando.

Referidos casos de autoria mediata pelo domínio de um aparato organizado de poder, ademais, não se confundem com os tradicionais casos de autoria mediata por coação ou por erro do executor.

Isto porque, conforme ficou atestado por Roxin em seus primorosos estudos, nos processos de Nuremberg não foi encontrado nenhum exemplo de fuzilamento

¹²⁹ ROXIN, Claus. Autoría como Dominio del Hecho... Ibidem. P. 270 e 272; CARO CORIA, Dino Carlos. **Sobre la Punición del Ex Presidente Alberto Fujimori**. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). **La Autoria Mediata: el caso Fujimori**. Lima: Ara, 2010. P. 147.

¹³⁰ ARENDT, Hannah. **Eichmann Em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução José Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. P.33.

¹³¹ ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém... Ibidem. P. 45 e 128.

¹³² ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém... Ibidem. P. 33-36; BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. P. 714.

por desobediência às ordens de superiores hierárquicos, mas tão somente notas desfavoráveis ou remoções, não tendo sido observadas ameaças de morte ou internamento em campos de concentração. Não haveria de se falar, nesse aspecto, de coação moral por parte dos superiores hierárquicos¹³³.

Da mesma forma, não foi a autoria mediata dos dirigentes nazistas fundada no erro. O autor alemão assevera que não é de todo impensável que alguém que, de própria mão, mate pessoas inocentes não compreenda o conteúdo injusto de sua conduta em função de sua obsessão ideológica¹³⁴. Porém,

“por lo general, sucederá que el autor directo puede en todo caso acallar la voz de su conciencia con la idea de la superior responsabilidad de quien le da las órdenes. Sin embargo, el simple error sobre la antijuridicidad formal que entonces podría existir no le procura al sujeto de detrás el dominio de la voluntad sobre el acontecer”¹³⁵.

Assim, o homem que domina o aparato e do qual dimana uma ordem não precisa coagir ou ludibriar o executor para que seja ela cumprida, pois o aparato de poder organizado garante por si só a execução do fato punível, tendo em vista que, se o executor não der cumprimento à ordem, outro logo a concretizará¹³⁶. Para além da máquina de crimes que foi o regime Nazista alemão, também é exemplo o caso dos “*Mauerschützen*”, conhecido como o caso dos atiradores do muro de Berlim. Acerca desta situação, Paulo Busato leciona que

“Durante a separação das Alemanhas (oriental e ocidental) Berlim foi separada por um Muro, onde permaneciam vigilantes guardas de fronteira. Na Alemanha oriental, as ordens para esses guardas eram dadas pelo art. 89 do Regulamento do Serviço 30/10 do Ministério da Defesa Nacional, de 1967, que determinava que a patrulha de vigilância da fronteira estatal tinha a missão de impedir que qualquer pessoa cruzasse a fronteira, podendo, para tanto, deter provisoriamente ou inclusive abater os que tentassem fazê-lo. Nesse contexto, igualmente os atiradores eram agressores que encontravam-se incrustados em um aparato de poder organizado. O BGH condenou os soldados fronteiriços como autores de homicídio,

¹³³ ROXIN, Claus. Autoría como Dominio del Hecho... Op. Cit. P.271.

¹³⁴ ROXIN, Claus. Autoría como Dominio del Hecho... Ibidem. P. 271.

¹³⁵ ROXIN, Claus. Autoría como Dominio del Hecho... Ibidem. P. 271.

¹³⁶ ARANA, Raúl Pariona. **La Autoria Mediata por Organización en la Sentencia contra Fujimori**. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). La Autoria Mediata... Op. Cit. P. 234.

mas, apesar disso, condenou também os membros do Conselho de Defesa como autores mediatos¹³⁷.

Como asseverado no capítulo anterior, a teoria do Domínio da Organização como forma autônoma de autoria mediata, em que pese tenha tido grande aceitação ao decorrer do tempo, não passou imune a críticas no âmbito doutrinário.

Há aqueles, tais como Herzberg e Weigend, que entendem tratar-se desses casos apenas de hipóteses de instigação¹³⁸. De forma geral, asseveram os defensores da instigação, nos casos em que há um homem de trás que possui um poder de mando em um aparato organizado de poder, que o critério a ser eleito para a distinção entre a autoria e participação seria o princípio da responsabilidade. Assim, a realização responsável do fato pelo sujeito que executa a ordem impede que aquele que a emita seja tido como autor¹³⁹. Além do mais, Herzberg sustenta que a visão de determinar a autoria a partir do poder real de condução do fato deve ser abandonada, tendo em conta que a acepção normativa deve se opor a mera facticidade. Assim, seria o homem de trás mero instigador, tendo em vista que seria o autor direto responsável por si mesmo, não subsistindo qualquer autoria por detrás dele¹⁴⁰.

A essas considerações são oferecidas contraposições. De início, é de se ter em conta que um instigador não está no centro da decisão e do acontecer típico. Ele apenas engendra ou aprofunda a tomada de decisão, mas quem dá o desenvolvimento efetivo ao acontecimento é o instigado¹⁴¹. No entanto, o que se tem nos aparatos organizados de poder é o contrário, justamente porque

“o homem de trás, que detém a alavanca do poder, decide sobre o ‘se’ do fato, enquanto que o executor direto produz, em geral, de forma ocasional a situação concreta de atuação. Ele não pode mudar

¹³⁷ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 715.

¹³⁸ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Op. Cit. p. 73.

¹³⁹ AMBOS, Kai. GRAMMER, Cristoph. **Domínio Del Hecho Por Organización. La Responsabilidad de la Conducción Militar Argentina por la Muerte de Elisabeth Käsemann.** P.105. Disponível em: <
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/1025/969>>. Acesso em: 10.06.2017.

¹⁴⁰ HERZBERG, Rolf apud ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Op. Cit. p. 74. De igual sorte: HERZBERG, Rolf. **La Sentencia Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder** In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). La Autoria Mediata... Op. Cit. P. 129-131.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Op. Cit. P. 73.

mais nada de essencial no curso do acontecimento traçado pelo aparato, senão quando muito modifica-lo.”¹⁴²

Destarte, o homem de trás tem o poder sobre o fato e o “domínio sobre a forma”. Como reconheceu o Tribunal de Jerusalém quando do julgamento de Eichmann, o mandante, no aparato de poder, transfere a responsabilidade para o acontecimento, tendo em vista que “a responsabilidade aumenta quanto mais nos afastamos daquele que coloca em execução a arma mortal e chegamos ao nível mais elevado da ordem”¹⁴³.

Em relação às críticas de Herzberg sobre pautar o domínio de organização na mera facticidade, Roxin as contrapõe quando afirma que o domínio do fato é também regido por princípios normativos, mas assevera que todos os conceitos jurídicos devem possuir correlação com fundamentos factuais correspondentes ao modelo teórico visado. Assim, se se abandona o critério do poder real de condução, abandona-se o critério elementar do próprio domínio do fato¹⁴⁴.

Weigend, por sua vez, afirma que não é possível fundamentar a autoria mediata do homem de trás quando o executor é plenamente responsável (princípio da responsabilidade), não sendo suficientes as noções de “pressão do grupo” ou “poder da organização” para diferenciar um caso de autoria mediata dentro da organização e outro de instigação individual¹⁴⁵.

Roxin afirma que Weigend entende que a autoria mediata se dá exclusivamente quando o homem de trás se vale de um sujeito irresponsável¹⁴⁶, mas a questão fulcral é que a autoria mediata, nesses casos, se funda não no domínio sobre o executor, mas sim no domínio da realização do tipo¹⁴⁷.

Por evidente que pode o domínio da realização do tipo se dar sobre o executor, como no caso de utilização de incapazes ou pessoas coagidas, mas não é o único caminho a se trilhar para alcançar o domínio do tipo. Inclusive, nos casos em que há autoria mediata por erro do instrumento, esse, em verdade, não é dominado,

¹⁴² ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Ibidem. P. 73.

¹⁴³ A citação do trecho da decisão do Tribunal de Jerusalém está em: ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Ibidem. p. 74.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Ibidem. P.75.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. P.316.

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Ibidem. P. 316-317.

¹⁴⁷ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Ibidem. P. 317.

de forma que a autoria mediata se funda exatamente no equívoco do sujeito e do aproveitamento do autor mediato dessa situação¹⁴⁸. Nunca esteve ele dominado ou sentiu-se dominado. Situação semelhante é a que se tem no domínio da organização por aparatos organizados de poder, eis que o sujeito não é dominado e atua de forma inteiramente responsável, mas tem o autor mediato o domínio sobre o resultado típico em razão de dirigir um aparato organizado que possui, em seu seio, vários “capangas submissos” para executar o fato, de modo que sua consecução não depende de um executor individual¹⁴⁹. Tem-se, assim, não o domínio sobre o executor, mas sobre o aparato de poder¹⁵⁰ e, de modo específico, sobre o resultado típico¹⁵¹.

O controle, portanto, fundamenta a figura do autor por detrás do autor porque é exercido sobre o próprio aparato organizado de poder, e não propriamente sobre o indivíduo¹⁵².

Não há de se falar, assim, em equiparação de casos de instigação com os de autoria mediata pelo domínio de organização, porque, neste último, o homem de trás dispõe de um evidente potencial lesivo, sendo necessária apenas a emanção de ordem para dar azo ao fato, sem necessidade de envidar esforços para convencimento do autor direto¹⁵³. Ultimando a questão, lança-se mão das palavras de Roxin:

“Instigação e domínio do fato são, portanto, formas de delito de categorias absolutamente diversas. Hitler e os demais ditadores podiam realizar, com auxílio do aparato existente à disposição deles, uma potencial destruição e violação do direito que, comparativamente, não se afastava da posição do instigador normal. Se se coloca o seu poder de domínio no mesmo nível que a influência de um instigador, nivelam-se de forma normativamente simplificada enormes diferenças materiais.”¹⁵⁴

¹⁴⁸ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Ibidem. P. 318.

¹⁴⁹ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Ibidem. P. 318.

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Ibidem. P. 318.

¹⁵¹ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Op Cit. p. 78.

¹⁵² AMBOS, Kai. **El Juicio a Fujimori: Responsabilidad de um Presidente por Crímenes Contra la Humanidad Como Autor Mediato en Virtud de un Aparato de Poder Organizado**. Revista de Derecho Penal Y Criminología. Época, n.5 (2011). UNED. Madrid, Espanha, P.229. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3791912>>. Acesso em: 10.06.2017.

¹⁵³ AMBOS, Kai. GRAMMER, Cristoph. Domínio Del Hecho Por Organización... Op. Cit. P.105.

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Op. Cit. p. 76.

Outra perspectiva de rechaço à autoria mediata por domínio de aparatos organizados de poder é considerar esses casos como manifestações da coautoria. Por se tratar de uma discussão que tem lugar definido, a saber, o último capítulo desse estudo, a questão será lá abordada, como já me referi anteriormente. No entanto, adiante-se que Roxin e seus seguidores negam a possibilidade de se haver coautoria entre o executor e o homem de trás por faltar, primordialmente, a resolução comum em um nível horizontal e a conjunta execução daquilo que se pretende. As divergências, no entanto, serão abordadas no capítulo final.

De qualquer sorte, em que pese existam essas perspectivas teóricas de não acolhimento da teoria dos aparatos organizados de poder para fundamentar a autoria mediata, é fato que tem sido ela amiúde citada, seja no âmbito dos Tribunais, como nas Cortes Supremas da Alemanha, Peru e Brasil, seja em sede de Cortes Internacionais, nem sempre com exatidão e por vezes, inclusive, de forma completamente distorcida.

No âmbito internacional, insta registrar que o Estatuto de Roma previu de forma expressa a possibilidade de responsabilização daquele que se vale de outrem, irresponsável ou responsável, para a comissão do ilícito penal. A previsão consta do artigo 25, III, 'a':

Artigo 25 - Responsabilidade Criminal Individual

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;

Também teve a teoria ampla aceitação em sede jurisprudencial nos Tribunais. Exemplos desse acolhimento são o julgamento promovido contra Jorge Videla e Emilio Massera, integrantes da Junta Militar argentina, pela morte de Elisabeth Käsemann¹⁵⁵, o julgamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori e, no Brasil, o julgamento da célebre Ação Penal 470, denominada o caso "Mensalão", em que a teoria foi empregada com profundos equívocos técnicos e dogmáticos pelo colendo Supremo Tribunal Federal, como se verá posteriormente.

¹⁵⁵ AMBOS, Kai. GRAMMER, Cristoph. Domínio Del Hecho Por Organización... Op. Cit. p. 104.

Vistos esses pontos, passa-se a análise dos pressupostos para a configuração da autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder, da forma como tradicionalmente teorizada.

4.1.1. A ESTRUTURA HIERÁRQUICA DA ORGANIZAÇÃO E O PODER DE MANDO

Para que haja autoria mediata por domínio da organização é preciso, antes de tudo, a existência de uma organização estruturalmente hierarquizada como requisito geral. Para tanto, é imprescindível que no seio do aparato haja atribuição de diferentes funções aos seus integrantes, correspondentes às posições ocupadas por referidos sujeitos. Ao discorrer sobre o instrumento que é o aparato, Roxin assevera que este

“consiste em uma diversidade de pessoas que estão inseridas em estruturas pré-estabelecidas, que atuam conjuntamente em diferentes funções condicionadas pela organização e cuja totalidade assegura ao homem de trás o domínio sobre o resultado”¹⁵⁶.

Essa atribuição de funções se concretiza em uma estruturação vertical mediante ordens que partem do nível estratégico superior, o que difere, para a doutrina que acolhe a teoria, da divisão de tarefas típica da coautoria¹⁵⁷. Destarte, o autor mediato distribui, de forma vertical, as tarefas a serem desempenhadas pelos integrantes do aparato para a consecução do intento delituoso, os quais orientarão seus comportamentos em conformidade com as ordens emanadas¹⁵⁸.

Com efeito, é preciso que o aparato esteja organizado de forma tal que as ordens que advenham da cúpula de poder sejam cumpridas pelos vários executores que se encontram na cadeia de mando de forma quase automática¹⁵⁹.

É por isso que se diz que a organização hierárquica do aparato implica o seu funcionamento automático. O fundamento para tanto é o próprio mecanismo de funcionamento do aparato no qual se atua¹⁶⁰. A possibilidade de realização do fato

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Op. Cit. p. 78.

¹⁵⁷ AMBOS, Kai. El Juicio a Fujimori... Op. Cit. P.258.

¹⁵⁸ CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit. P. 152.

¹⁵⁹ CARO CORIA, Dino Carlos. Ibidem. P. 150. AMBOS, Kai El Juicio a Fujimori... Op. Cit. P.258.

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. Autoría Y Dominio Del Hecho... Op. Cit. p. 272.

ordenado pelo sujeito de trás de forma imediata tem embasamento no funcionamento peculiar do aparato, o qual possui vida autônoma e diversa da dos seus membros. O aparato, destarte, “funciona automaticamente, sem que se importe a pessoa individual do executor”¹⁶¹.

Outro pressuposto que deve estar presente para se falar em autoria mediata pelo domínio da organização é ter o sujeito poder de mando na estrutura hierarquizada de poder¹⁶². É, por evidência, o poder de mando uma condição fundamental para que se possa considerar o indivíduo como autor mediato em virtude do domínio sobre a organização¹⁶³.

O poder de mando encontra relação com a estruturação verticalmente hierarquizada do aparato, uma vez que se manifesta quando o sujeito tem a capacidade de emanar ordens ou atribuir funções ao restante da organização que está a ele subordinada. Essa capacidade se dá em observância a uma posição de “autoridade, liderança ou ascendência, derivada de fatores políticos, ideológicos, sociais, religiosos, culturais, econômicos ou de índole similar”¹⁶⁴.

Veja-se, ademais, que o poder de mando reflete a estrutura funcionalizada do aparato, de sorte que as ordens emanadas por parte do superior hierárquico determinam o comportamento do executor por fatores que não impedem a sua livre e voluntária atuação¹⁶⁵.

Ademais, o poder de mando, para Roxin, é visto de forma ampla, não se adstringindo apenas ao indivíduo que se encontra no último nível hierárquico do aparato. É possível, pois, a existência concomitante entre vários autores mediatos, “um atrás do outro e em diferentes níveis de hierarquia de mando”¹⁶⁶.

Destarte, é possível que exista o poder de mando em qualquer um que detenha, no seio de um aparato organizado de poder, uma posição da qual seja possível a emissão de ordens a subalternos, podendo tal indivíduo dirigir parte da

¹⁶¹ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio Del Hecho...* Ibidem. P. 272.

¹⁶² ROXIN, Claus. *Sobre a Mais Recente Discussão...* Op. Cit. p. 311.

¹⁶³ CORIA, Dino Carlos Coria. Op. Cit. P. 156

¹⁶⁴ MEINI, Iván. **El Dominio De La Organización de Fujimori**. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). *La Autoria Mediata...* Op. Cit. P.219.

¹⁶⁵ MEINI, Iván. Ibidem. P. 219.

¹⁶⁶ ROXIN, Claus. *O Domínio Por Organização...* Op. Cit. P. 81.

organização de forma autônoma¹⁶⁷. Assim, se podem dividir os casos em que o poder de mando é, de fato, daquele que possui o comando sobre todo o aparato, dominando-o de forma integral, e daquele que, não obstante esteja em posição intermediária na organização e receba ordens de seu superior, pode também dá-las para seus subordinados, dentro de um âmbito de liberdade decisória¹⁶⁸.

Em relação ao domínio do fato dos sujeitos que possuem hierarquia intermediária na organização, Roxin assevera que o seu fundamento está

“no fato de que, em virtude do seu poder de comando, tem em suas mãos o aparato de poder, que lhe está subordinado – e com isso também a realização do tipo penal – tanto quanto o indivíduo do topo. Nada altera o fato de que este poder de comando lhe seja delegado ‘desde cima’. (...) Sempre se deve ter em conta que a direção da organização necessita, para a realização do tipo penal, não somente de homens intermediários que realizem o fato, mas também dos que transmitem a ordem, concretizando-a e cumprindo-a. (...) Estes influem sobre a potência do aparato que realiza o tipo do mesmo modo que o topo, razão pela qual devem ser responsáveis como autores mediatos, pois tornar própria uma vontade alheia não implica nenhum déficit de domínio.”¹⁶⁹

Deste modo, é irrelevante que o indivíduo em posição de comando atue por iniciativa própria ou a requerimento de instâncias que lhe são superiores, bastando que possa ele dirigir parte do aparato que lhe está subordinado sem que a realização do delito fique à mercê de critérios de outrem¹⁷⁰.

Referido poder de mando intermediário foi reconhecido quando do julgamento do caso Eichmann, bem como, mais recentemente, com a sentença contra o ex-presidente peruano Alberto Fujimori.

Concernente a Adolf Eichmann, Roxin destaca que sua autoria mediata não se fundamenta no domínio total do aparato (que era o próprio Estado Nazista), já que estava ele subordinado às instâncias superiores de poder. Não era ele, no

¹⁶⁷ AMBOS, Kai. **Sobre la Organización en el dominio de la Organización**. P. 17. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20110807_02.pdf. Acesso em: 17.06.2017.

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. P. 338.

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Ibidem. P. 338.

¹⁷⁰ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Ibidem. P.337

entanto, apenas executor, mas também dele emanavam ordens para seus subordinados, convertendo-se, neste aspecto, em autor mediato¹⁷¹.

Não há, no entanto, o mesmo grau de domínio e de responsabilidade, já que nos casos de autoria mediata por domínio da organização, a perda da proximidade com o fato é compensada com o domínio organizativo que aumenta com a ascendência da escala hierárquica ocupada pelo sujeito. Essa ideia foi acolhida pelo Tribunal de Jerusalém quando diz que “la medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que com sus manos hace funcionar el arma asesina”¹⁷².

À mesma conclusão chegou a Corte peruana ao sustentar, no julgamento de Alberto Fujimori, que

“quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete.”¹⁷³

O reconhecimento de vários autores mediatos na cadeia de mando, tal como acima explicado, não encontra unanimidade na doutrina que acolhe a autoria mediata por domínio de aparatos organizados de poder.

Kai Ambos, por exemplo, entende que o domínio do aparato de poder por quem está no âmbito intermediário da cadeia de mando não é um controle absoluto, senão parcial, que mais se adequa ao domínio funcional do fato. Por conta disso, entende mencionado autor que os casos em que haja comando parcial sejam tratados em sede da coautoria, porque a ausência de total influência ou liderança não se coaduna com a autoria mediata pelo domínio da organização¹⁷⁴.

De qualquer sorte, não basta o poder de mando em uma estrutura hierarquicamente verticalizada para fundamentar a autoria mediata. Passemos, pois, a análise dos demais pressupostos.

¹⁷¹ ROXIN, Claus. *Autoria y Dominio del Hecho...* Op. Cit. P. 274.

¹⁷² ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Ibidem. P. 274.

¹⁷³ CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit. P. 159.

¹⁷⁴ AMBOS, Kai. *Sobre la Organización...* Op. Cit. P. 17-18

4.1.2. A FUNGIBILIDADE DOS EXECUTORES

Além do poder de mando em uma estrutura hierárquica, é preciso que haja fungibilidade dos executores para que se possa falar em autoria mediata por domínio da organização.

Ser os executores individuais substituíveis (fungíveis) implica que, acaso não se possa contar com um deles, outro logo lhe toma o lugar, fazendo com que a realização da conduta típica prescindia do sujeito executor, individualmente considerado¹⁷⁵.

Tem, assim, o homem de trás plena certeza e segurança de que sua ordem se realizará, uma vez que, acaso não seja ela cumprida de imediato por um agente, outro o substituirá de forma quase automática a fim de garantir o cumprimento do comando. É por tal motivo que se diz que o fator decisivo para fundamentar a autoria mediata nesses casos é a fungibilidade do executor¹⁷⁶. Veja-se que, nesse caso, não falta a liberdade nem a responsabilidade do executor direto, no entanto isso é irrelevante para que haja o domínio por parte do sujeito de trás, tendo em conta que o executor aparece como mera figura anônima e substituível. Ao mesmo tempo em que tem o domínio da ação, o executor é uma mera engrenagem no aparato, substituível a qualquer tempo¹⁷⁷.

Assim, é preciso que exista uma considerável quantidade de executores em potencial para que se possa falar em segurança da realização típica quando do abandono, por parte de um dos autores imediatos, do plano criminal. Esta é mais uma das razões que dão respaldo ao entendimento de que o domínio, nesse caso, não é exercido sobre o executor, senão sobre o aparato e, por conseguinte, sobre o conjunto de executores à disposição do autor mediato¹⁷⁸.

A fungibilidade do executor, para Roxin, acaba sendo o principal pressuposto para a configuração da autoria mediata pelo domínio da organização¹⁷⁹. Nesse aspecto, o indivíduo que detém uma posição de mando em um aparato organizado de poder, ao emitir sua ordem, tem à sua disposição uma ampla gama

¹⁷⁵ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. P. 311.

¹⁷⁶ AMBOS, Kai. El Juicio a Fujimori... Op. Cit. P. 262.

¹⁷⁷ ROXIN, Claus. Autoría como Dominio del Hecho... Op. Cit. P. 272.

¹⁷⁸ AMBOS, Kai. . El Juicio a Fujimori... Op. Cit.P.263.

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. p. 272.

de subordinados para dar concretude ao mandamento. Se determinada pessoa não o fizer, isso será irrelevante para a efetivação da ordem, uma vez que haverá outra pessoa para cumpri-la, garantindo que o fato típico seja efetivamente realizado.

Com efeito, Roxin assevera que se o executor for apenas um especialista, não substituível de forma célere, será caso de instigação porque a consecução do fato dependerá da vontade do sujeito. Neste caso, a organização deixa de possuir o critério essencial da fungibilidade do executor, não sendo mais a realização do resultado típico 'automatizada'¹⁸⁰.

Imprescindível, pois, que seja o executor considerado como mera engrenagem, como mera peça substituível na grande maquinaria que é o aparato de poder.

A teoria, como se sabe, tomou por base os crimes cometidos durante o regime Nacional Socialista alemão. A ideia de que, nesses casos, atuam os executores como meras engrenagens do mecanismo não é estanque ao mundo jurídico, encontrando ressonância na esfera da filosofia e sociologia. A esse respeito, é interessante trazer a lume as ideias esposadas por Hannah Arendt.

Arendt mencionava ser imprescindível a existência de uma responsabilização coletiva (política) e individual (moral e legal), diferenciando ambas. Hannah Arendt considerava perigosa a argumentação de que, se um povo inteiro é culpado pelas atrocidades cometidas, então ninguém poderia ser julgado, uma vez que, para ela, a responsabilidade não é correlata à culpa¹⁸¹. A distinção entre responsabilidade pessoal e responsabilidade política reside na culpa, recusando a autora a ideia de uma culpa coletiva. Isto porque a culpa, ao contrário da responsabilidade, diz respeito ao âmbito pessoal¹⁸².

Assim sendo, os padrões morais e legais sempre estão relacionados ao âmbito pessoal, de sorte que não se pode falar de um caso de responsabilidade nessas situações, mas sim de culpa¹⁸³. No caso de os cidadãos agirem como

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. O Domínio da Organização... Op. Cit. P. 83.

¹⁸¹ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. P. 214.

¹⁸² ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento... Ibidem. P. 214; ASSY, Bethânia. **Ética, Responsabilidade e Juízo em Hannah Arendt**. São Paulo: Perspectiva, 2015. P.20-21.

¹⁸³ ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento... Ibidem. P. 215.

engrenagens de uma maquinaria, tal como no sistema nazista, os indivíduos não agem por si só, mas como peças de um conjunto, de modo que, nesses casos, não se está a falar de culpa moral e legal¹⁸⁴. A maioria dos sujeitos que funcionam como ‘engrenagens’ de um sistema burocrático (tal como no nazismo), não é eximida de culpa pessoal e tampouco de responsabilidade coletiva (política), tendo em conta que apenas os que se retiraram da vida política isentaram-se da culpa moral¹⁸⁵. Nesta perspectiva, a responsabilidade política faz com que os sujeitos assumam a responsabilidade por atos que eles não cometeram, assumindo a responsabilidade em função de ser um membro de um determinado corpo político¹⁸⁶.

Como se percebe, a autora reconhecia que muitos dos indivíduos que atuaram no regime nazista funcionavam como meras engrenagens dentro da maquinaria estatal, corroborando a tese criada por Roxin e amplamente difundida nos dias atuais.

É importante salientar, também, que a sentença do Tribunal peruano que condenou Fujimori bipartiu a fungibilidade. A Suprema Corte peruana, assim, trouxe a distinção entre fungibilidade negativa e positiva¹⁸⁷.

A fungibilidade negativa corresponde àquela tradicionalmente teorizada por Roxin, ou seja, no sentido de que o indivíduo atua de forma anônima e substituível. Nas palavras dos eminentes Ministros da Corte peruana:

“Es decir, en términos operativos, ello supone en relación a los potenciales ejecutores, que: ‘Si uno fracasa, otro le va suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás’. Esta fungibilidad negativa significa, pues, que una posible abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización que le fueron asignados, no impedirá que aquellos sean materializados. Ello, porque el incumplimiento de la orden por el primer ejecutor determinará, por la propia estructura del aparato de

¹⁸⁴ ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento... Ibidem. P. 96.

¹⁸⁵ ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento... Ibidem. P. 96.

¹⁸⁶ ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento... Ibidem. P.224; ASSY, Bethânia. Op. Cit. P.22-23.

¹⁸⁷ AMBOS, Kai. El Juicio a Fujimori... Op. Cit.. P. 264.

poder, que un segundo ejecutor tome inmediatamente su lugar, no afectándose en nada la concreción de la conducta punible.”¹⁸⁸

Por sua vez, a fungibilidade positiva concerne à existência de uma pluralidade de executores potenciais na estrutura da organização, de forma que pode o nível superior escolher, dentre essa plêiade de executores, os que melhor se encaixam na tarefa a ser cumprida¹⁸⁹. Nesse sentido, cita-se novamente o julgado peruano:

“Surge y se aprecia, justamente, a partir de la concurrencia de una pluralidad de ejecutores potenciales en la estructura del aparato de poder. Esto último otorga al nivel estratégico superior mayor garantía para el cumplimiento de su orden, en función a las necesidades particulares que la ejecución que esta demande. Por tanto, aquél conoce que no tendrá, necesariamente, que utilizar siempre a los mismos ejecutores en la concreción de un hecho punible, sino que podrá intercambiarlos atendiendo a las circunstancias y magnitud de cada evento criminal, para lo cual evaluará, entre otros factores, las especialidades, capacidades y habilidades que estos tengan. En consecuencia, la fungibilidad en sentido positivo otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir, para la comisión del hecho punible, la mejor opción entre todos los ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder.”¹⁹⁰

De qualquer forma, é importante ressaltar que a fungibilidade dos executores não aparece em forma de certeza absoluta, mas traz em seu bojo a expectativa de um comportamento criminal, ou seja, é uma probabilidade de ocorrer¹⁹¹.

4.1.3. A ATUAÇÃO DO APARATO À MARGEM DO DIREITO

Talvez seja este o pressuposto mais controvertido da teorização de Claus Roxin para a configuração da autoria mediata por domínio de aparatos organizados de poder – e prescindível, como se tentará demonstrar no capítulo subsequente. Adiante-se, desde já, que todas as críticas ao conteúdo do requisito em comento serão tecidas no capítulo subsequente, uma vez que se destina a isso.

¹⁸⁸ PERU. Corte Suprema de Justicia de la Republica. Sala Penal Especial. 2009. P. 645.

¹⁸⁹ AMBOS, Kai. El Juicio a Fujimori... Op. Cit. P.264. MEINI, Iván. Op. Cit. P. 224.

¹⁹⁰ PERU, Op. Cit. P. 646.

¹⁹¹ MEINI, Iván. Op. Cit. P. 225.

Sustenta o eminente professor alemão que deve o aparato estar dissociado do direito, tendo em conta que essa desvinculação faz nascer no autor imediato a suposição da ausência de razões para a incidência da repressão penal¹⁹².

Inicialmente, Roxin entendia que deveria o aparato estar estruturalmente à margem do ordenamento jurídico, uma vez que, acaso a direção e os órgãos executores se mantenham ligados a um ordenamento independente deles, as ordens de comissão de ilícitos penais não podem fundamentar domínio, haja vista que as leis tem a posição suprema e normalmente excluem o cumprimento de ordens antijurídicas.¹⁹³

Se o aparato, em si, se move nos limites do direito, se entende que o agente utiliza o domínio preestabelecido na estrutura pelo ordenamento. Afirmar que se a maquinaria que atua dentro do jurídico se põe em movimento com uma ordem antijurídica, não se está diante de caso de autoria mediata em razão de todo o funcionamento de uma maquinaria, nos moldes do que foi acima exposto, senão que se tem apenas uma iniciativa particular¹⁹⁴.

Posteriormente, Roxin altera seu posicionamento, não mais exigindo que o aparato, de forma estrutural e orgânica, se encontre apartado do direito, mas apenas em relação às suas “atividades penalmente relevantes”¹⁹⁵ ou “no marco dos tipos penais realizados por ele”¹⁹⁶. Assim, atualmente a desvinculação do Direito “se refere unicamente aos fatos cometidos em autoria mediata e não ao resto das ações que se produzem dentro da organização”¹⁹⁷.

Além disso, o autor afirma que, para se aferir a desvinculação da atuação do aparato do direito, é despidianda a valoração feita pelo sistema jurídico vigente à época da perpetração dos crimes, interessando apenas “a avaliação jurídica atual”¹⁹⁸.

¹⁹² ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. p. 333.

¹⁹³ ROXIN, Claus. Autoria y Dominio del Hecho... Op. Cit. P. 277; CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit. P. 164.

¹⁹⁴ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Ibidem. P. 278.

¹⁹⁵ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. p. 311.

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P.81; CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit. P. 164.

¹⁹⁷ ROXIN, Claus apud CARO CORIA, Dino Carlos. Ibidem. P. 165.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. p. 81.

Assevera Roxin que, quanto às organizações não estatais (terroristas, máfia, etc) é evidente que elas atuam à margem do direito, uma vez que se estruturam de forma clandestina e têm seus atos primacialmente dirigidos à comissão de ilícitos penais. Nesses casos, reconhece-se que a organização se caracteriza e atua como um

“Estado dentro do Estado, e que, independentemente da troca de seus integrantes, apresenta uma continuidade segura, isto é, onde cada membro atua como ‘parte funcional de um todo’, de certo modo mecânico, e pode ser empregado para a realização do fato.”¹⁹⁹

No âmbito estatal, no entanto, é preciso uma desvinculação do direito em relação às atividades penalmente relevantes, conforme já sustentando. É, ademais, irrelevante como os integrantes da organização valoram suas condutas para fins de configuração do pressuposto em comento, de sorte que, se os atos violarem direitos humanos internacionalmente protegidos, será a atividade tida como desvinculada do direito²⁰⁰.

No mais, a organização que opera à margem do Direito pode contar com “a falta de resistência à execução de suas ordens em virtude das crenças dos executores de que sempre estarão à margem de consequências jurídico-penais”²⁰¹.

A questão que fica é: em que sentido deve haver desvinculação do direito? Uma primeira alternativa seria considerar direito como as normas positivas de um ordenamento jurídico interno – estatal. Ou, então, considerar o direito não apenas como as regras jurídicas nacionais, senão também o conjunto de valores que albergam e fazem parte das normativas internacionais²⁰².

A segunda alternativa é a eleita por Roxin para reconhecer o direito como “valores fundamentais que são partilhados pelos ordenamentos jurídicos estatais e que servem de base para a construção de bens jurídicos individuais ou coletivos”²⁰³. A questão será retomada no capítulo subsequente, quando se tentará mostrar a

¹⁹⁹ AMBOS, Kai. Sobre la Organización.... Op. Cit. P.9

²⁰⁰ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. P. 332; No mesmo sentido, explicando o pressuposto em comento: AMBOS, Kai. El Juicio a Fujimori... Op. Cit. P. 262.

²⁰¹ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Ibidem. p. 332.

²⁰² CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit. P. 166.

²⁰³ CARO CORIA, Dino Carlos. Ibidem. P. 166.

dispensabilidade deste requisito para a configuração da autoria mediata por domínio da organização.

Por fim, é importante salientar que a sentença prolatada contra o ex-presidente peruano Alberto Fujimori, marco judicial extremamente importante para a efetiva repressão de atentados contra direitos humanos, reconheceu duas possibilidades de o aparato de poder se apartar do direito.

A primeira delas é quando a organização ou o aparato, desde logo, decide se apartar por completo do direito, criando um sistema normativo totalmente diferente que não condiz com o Direito Internacional²⁰⁴. Parece-me que apenas o Estado poderia se apartar do direito desta maneira, já que cabe a ele o poder legiferante.

A segunda forma da organização se dissociar do ordenamento jurídico é quando o nível hierárquico detentor do poder vai, paulatinamente, se apartando do ordenamento jurídico, “inicialmente apenas para a realização de determinados delitos, logo com atos sistemáticos mais frequentes”²⁰⁵.

O tema será retomado no seguinte capítulo.

Por derradeiro, é ainda necessário que tenha o executor alta propensão para o cometimento do fato, em cumprimento a ordem exarada, requisito esse a ser a seguir analisado.

4.1.4. A PREDISPOSIÇÃO DO AUTOR IMEDIATO PARA A REALIZAÇÃO DO FATO

A predisposição do autor imediato ou direto para a realização do fato (cometimento da conduta típica) em função da ordem exarada pelo agente que lhe é hierarquicamente superior e que detém poder de mando no seio do aparato não foi um pressuposto que surgiu com a teorização inicial de Roxin.

²⁰⁴ CAVERO, Percy García. **La Autoría Mediata Por Dominio de la Voluntad en Aparatos de Poder Organizados: El Caso de Alberto Fujimori Fujimori**. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). *La Autoría Mediata...* Op. Cit.P.200.

²⁰⁵ CAVERO, Percy García. *Ibidem*. P. 200.

Em sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft*, cuja primeira edição data de 1963, Roxin elenca apenas os pressupostos acima analisados (poder de mando em uma estrutura de poder, desvinculação do aparato do Direito e fungibilidade dos executores) como sendo os necessários para configurar a autoria mediata por domínio da organização.

A questão concernente à disposição do indivíduo para o cometimento do fato acaba sendo suscitada dois anos depois, com a obra de Schroeder, na qual o autor sustenta que, mais importante do que a fungibilidade dos executores para a realização da conduta é que tenham eles predisposição ao fato, valendo-se o autor mediato dessa predisposição para concretizar suas ordens²⁰⁶.

Schroeder afirma que a fungibilidade dos executores proporciona apenas a “provisão dos instrumentos dispostos ao fato”, de sorte que acaba sendo apenas um meio para o domínio do fato e não o seu fundamento²⁰⁷. Para ele, a disposição do executor ao fato se torna o elemento essencial da teoria.

Inicialmente, Roxin foi avesso à ideia trazida por Schroeder, asseverando que a disposição do indivíduo executor para a realização do fato não teria o condão, por si só, de transformar a instigação em autoria mediata²⁰⁸.

Posteriormente, com o julgamento dos membros da direção da República Democrática Alemã (DDR) pelas mortes na fronteira entre Alemanha Ocidental e Alemanha Oriental (caso dos atiradores do muro de Berlim²⁰⁹), a questão posta por Schroeder passa a ganhar maior relevância.

Isto porque o BGH, nessa ocasião, expressamente adotou o requisito do “aproveitamento da disposição incondicionada do agente imediato para levar a cabo

²⁰⁶ SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Disposición al Hecho versus Fungibilidad**. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). *La Autoria Mediata...* Op. Cit. P.117.

²⁰⁷ SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Ibidem*. P. 118.

²⁰⁸ SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Ibidem*. P. 119.

²⁰⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...* Op. Cit. P. 715. O autor assevera que: “Durante a separação das Alemanhas (oriental e ocidental) Berlim foi separada por um Muro, onde permaneciam vigilantes guardas de fronteira. Na Alemanha oriental, as ordens para esses guardas eram dadas pelo art. 89 do Regulamento do Serviço 30/10 do Ministério da Defesa Nacional, de 1967, que determinava que a patrulha de vigilância da fronteira estatal tinha a missão de impedir que qualquer pessoa cruzasse a fronteira, podendo, para tanto, deter provisoriamente ou inclusive abater os que tentassem fazê-lo. Nesse contexto, igualmente os atiradores eram agressores que encontravam-se incrustados em um aparato de poder organizado. O BGH condenou os soldados fronteiriços como autores de homicídio, mas, apesar disso, condenou também os membros do Conselho de Defesa como autores mediatos”.

o fato”²¹⁰. Em função da maior difusão da visão de Schroeder e sua aceitação no âmbito doutrinário e jurisprudencial, Claus Roxin altera sua teorização inicial, acolhendo, em parte, as críticas formuladas por Schroeder.

Roxin afirma que

“Com os critérios do poder de mando, da desvinculação do direito e da fungibilidade – diferentemente do que eu tinha referido originariamente – as circunstâncias nas quais se baseia o domínio do fato do homem de trás ainda não estão completamente caracterizadas. Acresça-se, ainda, um fator que eu caracterizo em seus efeitos consequentes como a ‘disposição essencialmente elevada dos executores ao fato’.”²¹¹

Veja-se, no entanto, que Roxin não incorporou a teorização de Schroeder em sua totalidade. Para Claus Roxin, a fungibilidade dos executores continua sendo o elemento central para a caracterização da autoria mediata por domínio da organização. Além disso, entende o autor que referido critério constitui apenas um “aspecto parcial do domínio da organização”²¹² e acaba sendo uma derivação dos outros três critérios²¹³.

Roxin, então, sustenta que um membro de uma organização está sujeito a inúmeras influências do aparato que aumentam a probabilidade de se alcançar um resultado a partir de uma ordem, contribuindo, por conseguinte, para o domínio do fato do autor mediato²¹⁴. Destarte, o indivíduo que está imerso em uma organização busca se adaptar a ela e adere a atitudes de forma irrefletida, sempre em vistas a galgar posições no aparato ou de manter a posição já conquistada. Teme ele, também, que seja rejeitado pelos demais integrantes do aparato acaso não pratique as ordens que são lhe dirigidas. Todas essas circunstâncias são essenciais para determinar a denominada disposição dos membros da organização ao fato, que se torna, também, elemento importante para que tenha o autor mediato segurança na concretização de suas ordens²¹⁵.

²¹⁰ SCHROEDER, Friedrich-Christian. Op. Cit. P. 119.

²¹¹ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P.85

²¹² ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Ibidem. P. 85.

²¹³ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. P. 336.

²¹⁴ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P. 86.

²¹⁵ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P. 86.

Kai Ambos entende que os mecanismos sócio-psicológicos concernentes à integração do indivíduo à organização o levam a ter uma alta disposição para o fato, mas isso apenas demonstra o predomínio da organização frente ao indivíduo²¹⁶. Assim, pertencer o sujeito à organização pode ensejar a alta disposição ao fato, mas o domínio se fundamenta apenas no domínio sobre a organização²¹⁷.

Kai Ambos, com a concordância de Roxin, afirma que a disposição ao fato não pode ser um critério autônomo, como sustenta Schroeder, eis que incompatível com a

“compreensão técnico-organizativa consequente do domínio da organização – domínio do fato como segurança do resultado através do domínio da organização como ‘verdadeiro instrumento’ – porque centra a atenção da organização – se indiretamente dominado – no executor do fato e com isso relativiza a particularidade organizativa específica e, ao mesmo tempo, a solidez da teoria do domínio da organização.”²¹⁸

Destarte, a alta disposição do indivíduo ao fato acaba se tornando um critério para a configuração da autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder, mas não com a autonomia que queria Schroeder, e sim como uma decorrência dos outros três critérios abordados.

Em linhas gerais, esses são os pressupostos necessários para a configuração da autoria mediata pelo domínio da organização, tal como teorizada por Claus Roxin.

Analisar-se-á, agora, a (im)possibilidade, para Roxin, da aplicação da teoria em comento aos delitos cometidos através de empresas.

4.2. A IMPOSSIBILIDADE DE TRASLADO DA TEORIA À CRIMINALIDADE DE EMPRESA

Após analisar de forma minudente as características da autoria mediata e todos os seus pressupostos, verifica-se que ela não pode ser trasladada, tal como teorizada por Roxin, ao âmbito da criminalidade de empresa.

²¹⁶ AMBOS, Kai. Sobre la Organización... Op. Cit. P.8

²¹⁷ AMBOS, Kai. Sobre la Organización... Ibidem. P. 8

²¹⁸ AMBOS, Kai. El Juicio a Fujimori... Op. Cit. P. 268.

Isto porque, de acordo com o eminente professor alemão, é preciso que esteja o aparato desvinculado do direito, conforme visto acima. Não apenas esse requisito está ausente, para Roxin, nos delitos cometidos em sede de empresas. De acordo com o autor:

“as empresas econômicas, contanto que não estejam envolvidas desde o princípio em atividades criminosas, como regra, não trabalham desvinculadas do direito. Falta também a possibilidade de substituição daquele que prepara as condutas criminosas. E também não se pode falar de uma disposição essencialmente elevada ao fato pelos integrantes da empresa, porque, como mostra a realidade da vida, o cometimento de delitos econômicos e ambientais, ou até mesmo de delitos de homicídio em hospitais, traz consigo o grave risco de punibilidade e também o risco de perda do lugar na empresa.”²¹⁹

Destarte, o indivíduo que atua no seio de uma empresa está dentro de um aparato que se move nos lindes do Direito e, por conta disso, deve sempre ter em mente que sua conduta pode ser descoberta, investigada e reprimida pelo aparato penal²²⁰.

O fato de a empresa estar dentro da legalidade e, por conta disso, não estar desvinculada do direito faz com que os indivíduos atuem de forma pessoal, ou seja, movimentam-se por conta própria, sem que sejam impulsionados pelo próprio aparato que, em última análise, atua em função daquele(s) que o comanda(m)²²¹.

Acaso a direção e os órgãos executores se mantenham ligados a um ordenamento jurídico, as ordens de comissão de ilícitos penais não podem fundamentar domínio, haja vista que, para Roxin, as leis têm a posição suprema e normalmente excluem o cumprimento de ordens antijurídicas. Se o aparato, em si, se move nos lindes do direito, funciona ele unicamente a utilizar a estrutura de domínio pré-estabelecida pelo ordenamento²²².

A prática de determinada conduta delituosa, nesses casos, estaria condicionada à vontade e a conduta do executor, o que desnaturaliza a autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder.

²¹⁹ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P. 90-91.

²²⁰ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. P. 333.

²²¹ ROXIN, Claus. Autoría Y Dominio del Hecho... Op. Cit. P. 277-278.

²²² ROXIN, Claus. Autoría Y Dominio del Hecho... Ibidem. P. 278.

Além disso, em razão de estar a sociedade empresária sob fiscalização de diversos órgãos do Estado, a persecução penal é algo que sempre estará no horizonte dos seus funcionários, de forma que inexistente a possibilidade de fungibilidade entre eventuais executores da ordem, bem como está ausente a alta disposição do sujeito para o cometimento do fato típico²²³.

Schünemann entende que, para a configuração da autoria mediata por domínio de aparatos organizados de poder, é preciso que haja uma supremacia do homem de trás e, para tanto, seguindo Roxin, é preciso que o aparato se aparte do direito e –inovando na teoria - que tenha como base um sistema de exercício de violência. Acaso não haja desvinculação do direito do aparato, o executor pode, a qualquer momento, se recusar a cumprir as pretensões injustas que dimanam do homem de trás²²⁴.

Portanto, nos casos de delitos comissivos, os gerentes/diretores de sociedade empresária devem ser tidos tão somente como partícipes (indutores/instigadores), por partir deles a contribuição moral de cometer o delito²²⁵ (a solução adotada por Schünemann não é esta, elegendo o autor a coautoria entre os diretores e o executor, como será visto no último capítulo deste estudo).

Entendem, porém, Roxin e seus seguidores que podem os dirigentes/empresários serem considerados autores em delitos nos quais são as sociedades empresárias utilizadas como instrumento para tanto, mas levando em conta critérios de violação de deveres (não mais a partir da teoria do domínio do fato, portanto).

Assim, serão autores os membros da direção de empresas quando se estiver diante dos chamados delitos de dever, “na medida em que se lhes atribui a posição de garantidores em defesa da legalidade dos atos da empresa”²²⁶.

²²³ GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. **O que Significa a Teoria do Domínio do Fato para a Criminalidade de Empresa**. In: GRECO, Luís et al. *Autoria como Domínio do Fato...* Op. Cit. P.99-102.

²²⁴ SCHUNEMANN, Bernd. **Responsabilidad Penal En El Marco de La Empresa. Dificultades Relativas a la Individualización de la Imputación**. P. 17-18. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1429556>>. Acesso em: 20.06.2017.

²²⁵ GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. *O que Significa a Teoria...* Op. Cit. p. 106

²²⁶ ROXIN, Claus. *O Domínio por Organização...* Op. Cit. P. 91.

No caso de delitos omissivos (impróprios), quando há a posição de garante por parte do gerente/administrador de uma empresa, não há de se valer dos critérios delimitadores da autoria estabelecidos pela teoria do domínio do fato, tendo em vista que, como já consignado acima, referida teoria aplica-se apenas aos crimes comissivos dolosos (havendo quem entenda que se aplica também aos comissivos culposos). Os crimes omissivos impróprios, por sua vez, têm como autores justamente as pessoas que possuem um especial dever de agir e quedaram-se inertes²²⁷.

O gerente/dirigente tem uma especial relação com sua empresa, especificamente com os seus produtos e funcionários, embasando, assim, um dever de vigilância sobre a empresa como fonte de perigo, relacionada às coisas e pessoas²²⁸. No que concerne aos produtos que a empresa fabrica e coloca no mercado, os sujeitos que a comandam devem ter um dever de vigilância, tendo em vista que a inobservância de regra técnica se amolda a disposição do art. 13, §2º, 'b'²²⁹, do Código Penal, para fundamentar a posição de garante²³⁰. Assim, o gerente assume um dever de proteção em relação aos consumidores de seus produtos, o que enseja sua posição de garantidor.

No que atine ao dever de vigilância sobre os funcionários, adstringe-se ele as condutas por esses praticadas e que tenham relação com o exercício de determinada função relativa à empresa. Assim, para que exista a posição de garantidor do dirigente em relação às condutas de seus funcionários, é preciso que essas estejam vinculadas, de qualquer forma, à empresa²³¹.

Assim, para os adeptos da teoria, tal como formulada por Roxin, entende-se que os dirigentes da empresa podem ser autores apenas quando se tratar de casos de crimes cometidos por omissão imprópria, tendo em conta que possuem posições de garantidores pelos produtos e funcionários em determinadas situações.

²²⁷ GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. O que Significa a Teoria... Op. Cit. P. 109.

²²⁸ GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. O que Significa a Teoria... Ibidem. P. 109.

²²⁹ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado

²³⁰ Greco, Luís. ASSIS, Augusto. O que Significa a Teoria... Ibidem. P. 109-110.

²³¹ GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. O que Significa a Teoria... Ibidem. P. 113-114.

No Brasil, há algumas legislações extravagantes que impõe ao dirigente/administrador da empresa a responsabilidade de agir para evitar determinados resultados delituosos.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, possui uma cláusula de abertura em seu artigo 75²³² que enseja a atribuição de deveres ao diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica, dando respaldo a sua posição de garantidor em relação aos crimes tipificados na referida legislação.

Igual determinação é vista na Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605 de 1998) quando, em seu artigo 2º²³³, atribui ao diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica o dever de fiscalizar as condutas de seus subordinados e de impedir o resultado relativo aos crimes ali previstos²³⁴.

De igual modo, podemos citar o artigo 25²³⁵ da Lei n. 7.492 de 1986 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) e o artigo 11²³⁶ da Lei n. 8.137 de 1990 (crimes contra a ordem tributária), os quais dão margem para se depreender um dever de agir por parte gerentes/administradores das pessoas jurídicas que são utilizadas para praticar os delitos tipificados em referidas legislações²³⁷.

Verifica-se, assim, que nesses casos podem os dirigentes das pessoas jurídicas serem tidos como autores das infrações penais, assim considerados mediante critérios de violação de deveres, já que tinham eles a posição de garantidor.

²³² Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

²³³ Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

²³⁴ GRACIANO, Marcelo Kintzel. **O concurso de pessoas nos crimes societários**. 2004. 100f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. P. 69.

²³⁵ Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes.

²³⁶ Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorrer para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

²³⁷ GRACIANO, Marcelo Kintzel. Op. Cit. p. 70-72.

Ocorre que, em que pese escoreita a determinação da autoria nessas situações, o posicionamento não abrange todos os crimes que podem ser praticados pelo gerente/dirigente se valendo da pessoa jurídica que comanda. Os delitos societários não se adstringem aos crimes de violação de deveres, mas abrangem também os delitos comuns²³⁸.

Ademais, não é possível estender a posição de garantidor do administrador da pessoa jurídica empresária para todos os delitos. Como se sabe, a posição de garantidor do sujeito se fundamenta em sua posição especial “em relação aos bens jurídicos ameaçados, em virtude da qual tivesse o dever de garantir a não ocorrência de lesão” a eles²³⁹.

Estender a posição de garantidor ao dirigente da pessoa jurídica para qualquer e todo crime, estando ausente essa especial vinculação do indivíduo com a proteção do bem jurídico ameaçado, seria desnaturar a teoria dos delitos por omissão imprópria, visto que o critério para se determinar seus autores seria alargado de forma demasiada e se tornaria, assim, despiciendo para a delimitação da incidência da repressão penal.

Desta forma, o posicionamento de Roxin e seus seguidores, a despeito de ser adequado para os crimes de violação de dever, não são suficientes para a determinação da autoria nos crimes societários.

4.3. PROBLEMÁTICAS RESULTANTES DA NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA AOS DELITOS EMPRESARIAIS

Em conformidade com o que foi visto anteriormente, não é possível, ao menos para aqueles que defendem a teoria da autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder da forma como posta por Roxin, que seja o dirigente/administrador de uma pessoa jurídica empresária tido como autor mediato ou coautor de delitos que são cometidos a seu mando, uma vez que a estrutura da organização está vinculada ao Direito.

²³⁸ GRACIANO, Marcelo Kintzel. Ibidem. p. 62.

²³⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 37.

Como abordado no primeiro capítulo deste estudo, a Teoria do Domínio do Fato faz com que o autor se torne a figura central da realização do tipo. É ele quem detém as rédeas do sucesso do fato e é o principal sujeito de sua concretização.

O partícipe, por sua vez, é um indivíduo que contribui, acessoriamente, para um delito alheio²⁴⁰. O crime não é do partícipe, senão de outro indivíduo, tendo o partícipe o auxiliado, material ou psicologicamente, de forma secundária.

É por conta disso que se pode falar que o partícipe possui uma relação de subordinação para com o autor, já que a decisão sobre o cometimento ou não do delito deflui do autor, de forma que também se tem uma relação de dependência do partícipe em relação ao autor²⁴¹. Deste modo, a punição do partícipe decorre de uma norma que amplia a punibilidade, tendo em vista que o seu comportamento, sem a conduta delituosa (ao menos tentada) do autor, é impune e irrelevante para fins penais²⁴².

Além disso, adota-se a chamada a teoria da acessoriedade limitada da participação, no sentido de que, para ser ela punível, é preciso que seja a conduta do autor ao menos típica e antijurídica (sendo prescindível, pois, ser ela culpável). Zaffaroni e Pierangelli lecionam que

“Não pode haver participação criminal (seja instigação ou cumplicidade) na conduta de outro, se a conduta do outro não é típica e antijurídica. Aquele que coopera numa conduta justificada de outro, aquele que coopera numa conduta atípica de outro, ou quem cooperar nos movimentos de outro que não realiza conduta, não pode ser partícipe (...).”²⁴³

A participação pode aparecer como forma de instigação, quando há um incentivo doloso do partícipe em relação ao autor para a prática de crime doloso²⁴⁴, intensificando a vontade pré-existente voltada à prática da infração penal²⁴⁵. O induzimento, por sua vez, se dá quando o partícipe cria no autor a vontade da prática do crime, persuadindo-o à prática do ilícito penal quando ausente uma

²⁴⁰ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 724.

²⁴¹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Ibidem. p. 725.

²⁴² BITENCOURT, César Roberto. Op. Cit. p. 561-562.

²⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p.610.

²⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 354.

²⁴⁵ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 727.

“decisão preordenada” por parte do autor²⁴⁶. Essas duas formas de participação, como se percebe, são morais.

A cumplicidade, por sua vez, aparece como forma de participação material. Cúmplice é quem auxilia, de forma dolosa, em injusto doloso de outrem, sem que tenha o domínio do fato²⁴⁷. Pode fazê-lo aportando contribuição material ao meio ou modo de execução do crime (com instrumentos, por exemplo) ou aportando, inclusive, contribuição intelectual para o deslinde do crime²⁴⁸.

Diante desse quadro, aqueles que advogam pela não incidência da Teoria do Domínio do Fato ao âmbito empresarial, seja em razão da inaplicabilidade da autoria mediata em função do domínio exercido sobre a organização, seja em função da inaplicabilidade do domínio funcional do fato entre dirigente e executor, entendem que as ordens do administrador da pessoa jurídica seriam tão somente casos de instigação ou induzimento, já que se adstringem a participação moral (pode haver, também, cumplicidade quando ocorrer auxílio intelectual).

Diante do ordenamento jurídico pátrio, a desconsideração do dirigente de grandes empresas como autor mediato ou coautor (como se verá no capítulo último) pode acarretar uma distorção da realidade criminológica.

Isto porque, conforme já asseverado anteriormente, se se considerar partícipe o homem de trás, quanto mais longínquo ele estiver da execução do fato, menor será sua responsabilidade porque menor o contato que possui com a ação típica.

Assim é que, por ser a sua contribuição distante do fato alheio (podendo passar, inclusive, imperceptível), a partir da ótica da mera participação seria ela de menor eficiência quanto ao evento típico.

²⁴⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 478.

²⁴⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...* Op. Cit. p. 727.

²⁴⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...* Ibidem. p. 727. O mesmo entendimento é esposado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 621.

Seria possível, então, a incidência da causa de diminuição de pena inserta no artigo 29, §1º²⁴⁹, do Código Penal (participação de menor importância) que, para a doutrina majoritária, se limita aos casos de participação²⁵⁰.

Veja-se que, acaso se observe uma estrutura empresária sem as lentes da Teoria do Domínio da Organização, o indivíduo que está na cúspide do aparato e de quem dimana uma ordem será tido como mero instigador/indutor. Assim, essa ordem criminosa (tida por instigação ou induzimento) será transmitida a uma cadeia de intervenientes, que a repassarão (gerando, assim, uma participação em cadeia²⁵¹) até o executor da conduta delituosa. Nessa cadeia, será imprescindível aferir a eficácia causal da instigação/indução primeira, longínqua em relação a conduta, o que dificilmente será atestado.

Sobre essa situação de participação em cadeia, Paulo César Busato sustenta que

“a situação é altamente complexa e estritamente associada à questão probatória, de modo que a responsabilidade será distribuída de acordo com a eficácia das contribuições. (...) No caso de induzimentos e instigações, aquelas que afetaram a decisão do autor no sentido da realização do delito serão geradoras de responsabilidade, aquelas que foram ignoradas ou desprezadas, não. Em qualquer caso, especialmente nas hipóteses de participação moral, a questão probatória resulta crucial.”²⁵²

Destarte, é muito provável que se verifique que a indução/instigação primeira, que partiu do dirigente da pessoa jurídica, tenha menor eficácia causal quanto maior for a distância entre ele e a execução do fato e pode quiçá passar sem ser descoberta.

Disse linhas acima que seria possível a incidência da causa especial de diminuição de pena da participação de menor importância, nesses casos, porque a “verificação concreta da menor importância da conduta participativa é aferida em

²⁴⁹ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço

²⁵⁰ Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p.572; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 363-364, dentre outros.

²⁵¹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 728.

²⁵² BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 728.

razão de sua eficiência quanto ao evento típico, considerando-se como de pequena importância aquela de leve eficácia causal”²⁵³.

Por outro lado, também parece pouco provável a incidência da agravante prevista no artigo 62, I²⁵⁴, do Código Penal, tendo em vista que a posição de partícipe, que é por si secundária e acessória, não condiz com a organização da atividade criminosa (o que é plenamente aplicável aos autores mediatos e coautores).

Deste modo, se considerarmos os dirigentes de empresas que se valem da estrutura para a comissão de crimes como sendo meros partícipes (indutores/instigadores), se está a contrariar a realidade criminológica existente, já que o agente principal do fato típico seria “relegado” a um mero acessório, secundário no desenrolar da empreitada criminosa. Além disso, estaríamos abrindo a possibilidade de uma redução da reprimenda penal para aquele que possui a mais alta reprovabilidade dentro da organização.

Se, por outro lado, aplicarmos a teoria em comento e considerarmos o dirigente como sendo autor mediato, por ter ele o domínio da organização, a maior distância que existe entre ele e a execução do fato fundamenta a sua maior responsabilidade, como já afirmado, já que detém ele o domínio de uma ampla parcela (senão a totalidade) do instrumento que é o aparato de poder e que é colocado em marcha justamente por iniciativa sua.

Desaparece, além disso, a deturpação da incidência da reprimenda, uma vez que não há necessidade de aferir a eficácia causal em uma rede de comandos, nem será possível a incidência da minorante acima analisada.

Diante dessas considerações, se tentará, no capítulo que segue, analisar a prescindibilidade do requisito da desvinculação do aparato do Direito e, com isso, fundamentar uma autoria mediata em grandes empresas que se valem da sua estrutura para a comissão de crimes.

²⁵³ DOTTI, René Ariel. Op. Cit. p. 479.

²⁵⁴ Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

5. POSSIBILIDADE DE AUTORIA MEDIATA PELO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NO ÂMBITO EMPRESARIAL

No capítulo anterior foi analisada de forma mais minudente a autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder, uma das formas pela qual se manifesta a autoria em conformidade com a teoria do domínio do fato.

Com efeito, foi averiguado que são necessários, para Roxin e seus seguidores, a concorrência de requisitos para a caracterização da autoria mediata pelo domínio da organização, a saber, a existência de um aparato estruturado verticalmente e dissociado do direito, ter o autor mediato poder de mando e existir uma fungibilidade dos executores subordinados ao aparato dominado pelo autor mediato, os quais devem ter predisposição para realizar a ordem emanada.

Deste modo, Roxin entende que, em razão das empresas não se consubstanciarem como estruturas apartadas do direito, além de inexistir fungibilidade dos executores e alta disposição destes para a realização do fato em sede societária, não haveria como transplantar a teoria do domínio da organização para o âmbito dos crimes praticados por intermédio de uma empresa.

No presente capítulo, busca-se apresentar um ponto de vista diverso do defendido por Roxin e seus seguidores. Inicialmente, se mostrará os efeitos deletérios da criminalidade de empresas na era globalizada, bem como a possibilidade de equipará-las a organizações estruturalmente verticalizadas.

Posteriormente, se analisará a prescindibilidade do requisito da dissociação do direito para a configuração da autoria mediata por domínio da organização e se demonstrará que é possível que os demais requisitos desta teoria estejam presentes nos crimes cometidos por intermédio de grandes empresas.

Derradeiramente, se explanará que a aplicação da teoria do domínio da organização no âmbito empresarial não se confunde com uma responsabilização do dirigente apenas por ocupar um lugar de destaque, indicando alguns equívocos a serem evitados.

Feito o panorama do capítulo em tela, passa-se a análise pormenorizada dos temas indicados.

5.1. A ERA GLOBALIZADA E A CRIMINALIDADE DE EMPRESA

Com o advento da globalização e a célere difusão de seus efeitos, houve uma mudança de perspectiva no foco do poder. Não mais são os Estados-nação que reinam no mundo contemporâneo, senão as várias empresas cujos potenciais econômicos fazem frente aos dos Estados (quando não os ultrapassam), que ditam as regras do mercado econômico global e, por conseguinte, engendram reflexos inauditos na criminalidade. Demonstrar-se-á, neste subcapítulo, que o poder das grandes empresas, atualmente, faz com que a sua criminalidade gere efeitos deletérios à sociedade, de sorte que, pela sua estruturação, podem ser consideradas como aparatos organizados de poder, nos moldes do que foi explanado no capítulo precedente.

O processo de globalização, intensificado na segunda metade do Século XX, fez com que o mundo adentrasse em um processo célere de modificações, e essas mudanças criaram um novo “paradigma societário, dotado de extraordinária capacidade de expansão e de alta voltagem político social”²⁵⁵.

Não há um significado unívoco para o termo globalização, bem como não há uma só forma de globalização, senão várias. Há uma plêiade de fenômenos que ocorrem simultaneamente e que se encontram interligados, destacando-se a globalização dos mercados, da tecnologia, da cultura, entre outros²⁵⁶, processo esse que foi impulsionado pelos meios de comunicação nos anos 60²⁵⁷.

Essas mudanças fazem-se sentir em todo o globo e acabam ensejando a criação de riscos que geração nenhuma outrora presenciou²⁵⁸. Ulrich Beck entende que

²⁵⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e Criminalidade dos Poderosos**. In: PODVAL, Roberto (org). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 237.

²⁵⁶ FRACO, Alberto Silva. Ibidem. p. 238.

²⁵⁷ GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização**. Lisboa: Editorial Presença. Tradução de Saul Barata, 2006. P. 22

²⁵⁸ GIDDENS, Anthony. Ibidem. P. 15-16.

“a globalidade significa o seguinte: há já bastante tempo vivemos numa sociedade mundial (...) e sociedade mundial significa a totalidade das relações sociais que não estão integradas na política do Estado-nação, nem estão determinadas (ou determináveis) através desta. Na expressão sociedade mundial, mundial significa diferença, pluralidade e sociedade, significa estado de não-integração, de maneira que (tal como sustenta M.Albrow) a sociedade mundial se pode compreender como uma pluralidade sem unidade. Isto pressupõe várias coisas muito diferenciadas; por exemplo, formas de produção transnacional e concorrência do mercado de trabalho, informes mundiais nos meios de comunicação, boicotes de compras transnacionais, crises e guerras percebidas através de um ponto de vista ‘global’, utilização militar e pacífica da energia atômica, a destruição da natureza, etc.”²⁵⁹

A globalização traz novas formas de riscos e incertezas, e a relação existente entre os riscos financeiro e o empresarial é a propulsora da globalização econômica²⁶⁰. Em consonância com a lição de Giddens, pode-se dizer que o risco é uma concepção incindível das ideias de probabilidade e incerteza²⁶¹, além de ser uma acepção que tem utilização corrente “em sociedades orientadas para o futuro, uma sociedade que vê o futuro precisamente como um território a ser conquistado ou colonizado”²⁶².

Nesta perspectiva, o risco é a fonte criadora de riqueza da era moderna, de sorte que a economia capitalista hodierna funciona na base do risco, ou seja, na projeção de resultados e na assunção de condutas que, premeditadamente, sopesam o risco do empreendimento em face do êxito²⁶³.

Diferenciam-se, com efeito, as noções de riscos exteriores, os quais dimanam da própria natureza e, por conta disso, sempre existiram, e riscos provocados, que ocupam o lugar de destaque no cenário globalizado, sobrepondo-se, por frequência, aos exteriores²⁶⁴. Os riscos provocados não são perceptíveis de

²⁵⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?:** equívocos do globalismo, respostas a globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. P. 28-29.

²⁶⁰ GIDDENS, Anthony. Op. Cit. p. 17.

²⁶¹ GIDDENS, Anthony. Ibidem. p.32.

²⁶² GIDDENS, Anthony. Ibidem. p. 33.

²⁶³ GIDDENS, Anthony. Ibidem. p. 34-35.

²⁶⁴ GIDDENS, Anthony. Ibidem. p. 35-36.

imediatamente, de sorte que, quando são percebidos, provavelmente é porque já é muito tarde para agir²⁶⁵.

De qualquer forma, a globalização e os riscos que traz consigo são uma realidade irreversível, tendo seu ponto fulcral na existência de “um mercado mundial que não conhece fronteiras”²⁶⁶.

A concentração de capitais em empresas transnacionais e a retração do Estado-providência, o qual já não mais possui capacidade satisfatória de expandir os direitos sociais e minimizar as desigualdades econômicas, engendra uma nova forma de capitalismo, pautado na criação de um mercado global regido por normativas próprias e dotado de uma enorme capacidade de propagação²⁶⁷. Esse mercado que se erige com a difusão de um capitalismo global, por consequência, dissolve as barreiras protecionistas nacionais e estatais²⁶⁸.

Com efeito, não mais é o Estado-nação que passa a ter papel de relevo na era globalizada, mas sim o “conglomerado de transnacionais que atua como agentes do mercado global”²⁶⁹.

O impacto desta nova estrutura transnacional sobre a ordem jurídica estatal salta aos olhos, tendo em conta que várias decisões concernentes às matérias importantes, tal como moedas, pesquisas e desenvolvimento tecnológico, comércio, entre outros, tendem a ser tomadas em sede destes conglomerados multinacionais, bancos, etc²⁷⁰. Hodiernamente, chega-se ao ponto de compor departamentos cuja função precípua é a de manipular políticas públicas, nacionais e internacionais, através de práticas de corrupção, como ocorreu no “caso Odebrecht”²⁷¹. É inegável, pois, a influência criminológica empresarial.

²⁶⁵ GIDDENS, Anthony. Ibidem. p. 37.

²⁶⁶ FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit. p. 239.

²⁶⁷ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 239.

²⁶⁸ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. 239.

²⁶⁹ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. 239.

²⁷⁰ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 240.

²⁷¹ SMITH, Michael; VALLE, Sabrina; SCHMIDT, Blake. **Como Funcionava a Máquina de Corrupção da Odebrecht**. EXAME. Publicado em 10.06.2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/jamais-uma-maquina-de-corrupcao-como-esta-havia-sido-descoberta/>>. Acesso em 23.09.2017. AGOSTINI, Renata. **Marcelo Odebrecht Usou seu Estilo de Negócios no ‘Departamento da Propina’**. Jornal Folha de S. Paulo. Publicado em 24.04.2017. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/04/1877740-marcelo-odebrecht-usou-seu-estilo-de-negocios-no-departamento-da-propina.shtml>>. Acesso em 23.09.2017.

Alberto Silva Franco assevera que

“a grande concentração de capitais, mobilidade acelerada desses capitais e generalização célere da comunicação constituem o tripé do novo modelo capitalista gerador de um novo modelo econômico global, sem possibilidade de controle por parte do poder político nacional”²⁷².

O globalismo – discurso legitimante da globalização – sustenta a substituição do primado político pelo econômico, a fim de sustentar o domínio do mercado mundial, de forma que são os mercados financeiros que determinam os rumos do capitalismo global²⁷³.

As circunstâncias e alterações geradas pelo processo de globalização, bem como a colocação dos meios de comunicação a serviço de empresas transnacionais, diminuem a capacidade do poder estatal em regular sua própria economia e acarreta o aumento das desigualdades econômicas e sociais, geram um desemprego estrutural e estimulam a especulação financeira “que adota formas que cada vez tornam mais confusos os limites entre lícito e ilícito”²⁷⁴. Nesse sentido, pode-se afirmar que

“os grandes grupos saqueiam o meio ambiente com meios desregrados; tiram proveito das riquezas da natureza, as quais são bens comuns da humanidade e o fazem sem escrúpulos ou freios. Isso é acompanhado igualmente por uma criminalidade financeira ligada aos negócios e aos grandes bancos que reciclam somas que ultrapassam um trilhão de dólares ao ano, isto é, mais do que o produto nacional bruto de um terço da humanidade”²⁷⁵.

Não obstante se erija uma nova criminalidade com o advento da globalização, a questão dos crimes praticados por indivíduos de alta classe já foi bem exposta em momento anterior quando, em 1939, Edwin Sutherland lançou sua obra contendo suas relevantes teorizações sobre os crimes do colarinho branco²⁷⁶. Sutherland definiu os *white collar crimes* a partir de um elemento subjetivo, ou seja,

²⁷² FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. 241.

²⁷³ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 242-243.

²⁷⁴ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 248-249.

²⁷⁵ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 250.

²⁷⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. **O crime do Colarinho Branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo**. In: PODVAL, Roberto (org). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 192.

são aqueles cometidos por pessoas de alta respeitabilidade e ascensão socioeconômica no curso de suas atividades²⁷⁷.

Esparge-se a ideia de que a criminalidade econômica tem como autores sujeitos pertencentes ao alto escalão social, sendo cometida por pessoas que estão inseridas em determinadas profissões ou que são realizadas por intermédio de empresas²⁷⁸.

Com efeito, saliente-se que a conceituação dada aos crimes de colarinho branco por Sutherland não é aceita de forma pacífica. Contemporaneamente, um conceito que tem se espalhado e ganhando aceitação diz respeito ao entendimento de que essa modalidade de infração penal está intimamente relacionada com a violação de confiança, de modo que a identificação do *modus operandi* destes crimes revela que são perpetrados com “violação e manipulação de normas a que subjaz uma relação fiduciária, urgindo desenvolver uma noção de trust, bem como especificar os atos proibidos por aquelas regras”²⁷⁹.

Insta registrar, de qualquer sorte, que a marca dos crimes de colarinho branco, dos quais fazem parte os crimes econômicos, é que seu custo financeiro acaba sendo, provavelmente, “muitas vezes maior do que o custo financeiro de todos os crimes que normalmente são vistos como os crimes-problema”²⁸⁰.

Diz-se provavelmente porque não há uma possibilidade de cálculo efetivo e específico quanto aos efeitos da criminalidade econômica, inclusive por razões de uma existência ampla de cifra negra nesses delitos, de forma que os autores e as “próprias instâncias governamentais falam da criminalidade econômica como excedendo, nos seus danos, todas as restantes formas de criminalidade”²⁸¹.

²⁷⁷ SUTHERLAND, Edwin. **Crime de Colarinho Branco. Versão sem cortes**. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015. P. 34.

²⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Problemática Geral das Infrações Contra a Economia Nacional**. In: PODVAL, Roberto (org). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 81.

²⁷⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. Op. Cit. p. 197.

²⁸⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. Ibidem. p. 194.

²⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática Geral das Infrações... Op. Cit. P. 65.

Destarte, há um consenso de que a violência e os crimes empresariais, em seu conjunto, são mais lesivos do que todos os “crimes de rua”²⁸².

Clinard afirmou que os custos dos crimes empresariais alcançam o patamar de bilhões de dólares, e envolvem trustes e monopólios, conspirações, pagamentos ilegais, entre outros, o que ocasiona danos financeiros, degradação ambiental e prejuízos físicos alarmantes²⁸³. Com efeito, em recente estudo realizado pela *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, constatou-se que mais de 80% dos delitos econômicos são perpetrados por intermédio de sociedades empresárias²⁸⁴, o que corrobora as conclusões lançadas.

Deste modo, os bens jurídicos relativos à criminalidade econômica (inserindo-se, aqui, a empresarial) estão intrinsecamente ligados à manifestação da personalidade do homem enquanto fenômeno social, inserto na comunidade e em recíproca dependência com ela, afetando, por conseguinte, a organização econômica e a efetivação dos direitos sociais plasmados na ordem constitucional²⁸⁵.

Retornando às teorizações de Sutherland, importante salientar que este autor estudou os processos que envolviam as setenta maiores empresas norte-americanas, na primeira metade do Século XX, e salientou que há uma imensa quantidade de crimes de colarinho branco nos diversos setores socioeconômicos, tais como em ferrovias, seguradoras, indústrias petrolíferas, bancos, setores imobiliários, na política, em bolsas de valores, serviços de utilidade pública, etc²⁸⁶. Atualmente, não se tem dúvidas de que as empresas são responsáveis por uma plêiade de atividades juridicamente relevantes, desde a celebração de contratos, assunção de obrigações, execução de obras e serviços privados e públicos, até o resguardo dos bens materiais, da saúde e das vidas das pessoas que integram a

²⁸² MOKHIBER, Russel. **Crimes Corporativos**. Tradução: James F. S. Cook. São Paulo: Editora Página Aberta, 1995. P. 11.

²⁸³ CLINARD, Marshall Barron apud MOKHIBER, Russel. Op. Cit. p.21.

²⁸⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlo; BUSATO, Paulo César. **Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**: Reflexões em torno de sua dogmática e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: V. 133/2017. P. 37-67. Jul.2017.

²⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Breves Considerações Sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Econômico**. In: PODVAL, Roberto (org). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 126.

²⁸⁶ SUTHERLAND, Edwin. Op. Cit. p. 38.

comunidade²⁸⁷. E são essas mesmas pessoas jurídicas que, como acima mencionado, são instrumentos (ou responsáveis) para a comissão de mais de 80% dos crimes econômicos.

Constatou o referido autor a existência de “suborno comercial” como uma prática frequente em muitos ramos comerciais, bem como um alto número de infrações no âmbito bancário (de acordo com sua análise, 75% dos bancos estudados apresentaram condutas delituosas), além de inúmeras fraudes comerciais, trustes, carteis, propagandas enganosas, violações às leis de proteção a relação de trabalho, e violações à propriedade intelectual²⁸⁸.

Ademais, Sutherland averiguou uma vertiginosa progressão na violação da lei por parte das empresas por ele estudadas, sobremaneira a partir de 1932, quando concorre o aumento de orçamentos e de pessoal destas pessoas jurídicas²⁸⁹. Os ilícitos relacionados à concorrência e limitação de comércio são os que se destacam, tendo sido averiguados como contínuos e perdurantes por anos nas práticas das empresas investigadas²⁹⁰, das quais $\frac{3}{4}$ podem ser taxadas como criminosas habituais²⁹¹.

Com efeito, Sutherland asseverou que os empresários, individual ou coletivamente considerados, envidavam esforços a fim de angariarem vantagens para si, alterando o sistema de livre concorrência²⁹². São as organizações empresárias que, de alguma forma, acabam fixando preços, lucros e demais fenômenos econômicos, ocasionando o aumento da corrupção governamental para que os empresários possam ser beneficiados com privilégios especiais²⁹³. Ademais, importa registrar que, atualmente, a internacionalização da economia fez com que a corrupção atingisse uma dimensão igualmente internacional, engendrando, por conseguinte, instrumentos internacionais de controle²⁹⁴.

²⁸⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlo; BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas... Op. Cit. p. 38.

²⁸⁸ SUTHERLAND, Edwin. Ibidem. p. 35.

²⁸⁹ SUTHERLAND, Edwin. Ibidem. p. 65.

²⁹⁰ SUTHERLAND, Edwin. Ibidem. p. 110.

²⁹¹ SUTHERLAND, Edwin. Ibidem. p. 123.

²⁹² SUTHERLAND, Edwin. Ibidem. p. 148.

²⁹³ SUTHERLAND, Edwin. Ibidem. p. 148.

²⁹⁴ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **O Controle da Corrupção: a experiência espanhola**. Revista dos Tribunais. V. 947/2014. P. 359-383. Set/2014. P. 359-360.

Deste modo, a expansão das atividades comerciais pelo globo fez surgir a imprescindibilidade de confecção de instrumentos normativos para combater as práticas de corrupção praticadas por particulares contra funcionários públicos estrangeiros. No âmbito da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento (OCDE), foi criado, em 1997, o “Convênio sobre a luta contra a corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações internacionais”, tendo os Estados signatários se comprometido a criminalizar essa modalidade de conduta²⁹⁵, tal como foi feito, a título de exemplo, com a edição do Bribery Act do Reino Unido²⁹⁶.

Outras normativas internacionais em relação às quais os Estados signatários comprometeram-se a criminalizar práticas de corrupção praticada por particulares envolvendo funcionários públicos estrangeiros são a Convenção Interamericana contra a Corrupção, erigida na esfera da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1996²⁹⁷ e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, editada em 2003²⁹⁸.

Silva Franco, centrado no tema da globalização, decreta que o modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam por ser supranacional, sem fronteiras, e que são marcadas por criminalidades organizadas no sentido de que “possui uma estrutura hierarquizada, quer em forma de empresas lícitas, quer em forma de organizações criminosas”²⁹⁹. Além disso, essa criminalidade é pautada por uma separação espaço-temporal entre as condutas e a danosidade social impingida, sendo diversa dos modos que se tinham até então³⁰⁰.

Os crimes dos poderosos se estruturam de forma complexa e demandam várias ações delituosas em razão das várias fases de sua operacionalidade, e o lugar e tempo de sua realização acabam sendo de difícil identificação³⁰¹. A ocultação dos crimes empresariais e de seus autores, destarte, acaba sendo

²⁹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Controle... Op. Cit. p. 364.

²⁹⁶ LEQUES, Rossana Brum. **O Combate à Corrupção no Mundo: a experiência inglesa**. Revista dos Tribunais. Vol. 947/2014. P. 385-398. Set/2014. P.387 e 389.

²⁹⁷ CAMARGO, Beatriz Corrêa. **Instrumentos Internacionais no Combate à Corrupção. Transformações e Harmonização do Direito Penal Brasileiro**: considerações sobre os crimes praticados por particulares contra a Administração Pública estrangeira. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 89/2011. P. 95-130. Mar-Abr/2011. P. 100.

²⁹⁸ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Ibidem. P. 104.

²⁹⁹ FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit. p. 256.

³⁰⁰ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 257.

³⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 257.

bastante facilitada pela complexidade que os reveste e pela ampla dispersão de seus efeitos³⁰².

Não bastasse essa dificuldade de identificação dos crimes e seus autores, é também importante salientar que estes criminosos de colarinho branco se valem da estrutura por eles dominada para alterar leis e fazer com que haja medidas alternativas à criminalização de suas condutas³⁰³. Instâncias de controle por parte destes criminosos poderosos influem nas alterações e elaborações legislativas, bem como na possibilidade de se defenderem de forma mais adequada a partir de pagamentos vultosos, além de existir a problemática da empatia dos aplicadores da lei para com esses indivíduos provenientes de um meio social elevado (geralmente do mesmo meio social dos julgadores)³⁰⁴.

Com efeito, as empresas mantêm seu bom nome e reputação empregando especialistas em direito, relações públicas e publicidade. Essas pessoas têm a “função de influenciar a promulgação e condução da lei que se aplica a seus clientes, de assessorar antecipadamente seus clientes sobre os métodos que podem ser utilizados com relativa impunidade”³⁰⁵.

Destarte, os crimes do colarinho branco não são apenas deliberados, mas também organizados. Mesmo violando a lei, os homens de negócios não se veem como criminosos³⁰⁶, tendo em vista que não são assim oficialmente tratados, nem comparados são com o “tipo ideal” de criminoso.

Violam eles a lei porque entendem que seu conteúdo é repreensível e essa violação não os incomodam porque possuem apoio de seus parceiros nos ramos dos negócios³⁰⁷. Além disso, o sujeito não busca adequar sua conduta aos ditames legais quando isso lhe ocasionaria rechaço pelos demais membros do grupo³⁰⁸, preferindo agir de acordo com a posição adotada pelo coletivo, a despeito de ser ela

³⁰² SUTHERLAND, Edwin H. Op. Cit. p. 341.

³⁰³ SUTHERLAND, Edwin H. Ibidem. p. 342. De igual sorte: MOKHIBER, Russel. Op. Cit. p. 20.

³⁰⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. Op. Cit. p. 199-200.

³⁰⁵ SUTHERLAND, Edwin H. Op. Cit. p. 344.

³⁰⁶ SUTHERLAND, Edwin H. Ibidem. p. 338.

³⁰⁷ SUTHERLAND, Edwin H. Ibidem. p. 340.

³⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. **Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Dir). FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord). **Criminalidad de empresa y compliance : prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 277.

contrária às suas convicções pessoais³⁰⁹. A respeito desta cultura delitiva que se pode surgir no âmbito comercial se tratará posteriormente, de forma mais detalhada.

Não obstante tenha-se dado enfoque, com o advento da globalização, na propagação de delitos econômicos e financeiros, não está aquela adstrita apenas a estes crimes, abrangendo, de igual forma

“os crimes ligados à tecnologia informática, os crimes contra o ambiente, os crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia, de prostituição de menores, o conúbio entre o mundo político e o mundo dos negócios, o terrorismo, o contrabando e o comércio de pessoas ou de partes do corpo, as contrafações, a espionagem industrial, a evasão fiscal, etc.”³¹⁰.

Em qualquer um desses tipos de crimes, tornam-se visíveis dados comuns que demonstram a existência de uma sofisticada estrutura organizacional, orientada a uma finalidade geral de obtenção de lucros desenfreados e marcada por uma capacidade inaudita de se gerar e se infiltrar em uma zona cinzenta entre o lícito e o ilícito³¹¹.

Não há como olvidar que a velocidade com a qual essas formas de criminalidade grassam tornou as categorias tradicionais do direito defasadas e, em certa medida, inócuas frente à célere e perniciosa expansão destas atividades delituosas em âmbito transnacional³¹². Com efeito, não podem as categorias do direito penal verem-se engessadas como se se adequassem, de forma perene, a todos os problemas que dimanam com o decorrer do tempo e o devir socioeconômico³¹³. Não obstante se possa afirmar que, acaso haja discrepância entre a dogmática penal e a realidade criminológica vivenciada, “pior para a dogmática”, é preciso envidar esforços para identificar e superar os entraves existentes³¹⁴.

Deve-se levar em consideração que, quando estas condutas criminosas atingem, precipuamente, a vida e a integridade das pessoas, há de se adotar um

³⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 276.

³¹⁰ FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit. p. 260.

³¹¹ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 260.

³¹² FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 266.

³¹³ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 268.

³¹⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos; BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal das... Op. Cit. p 40.

sistema de meios necessários para se garantir a efetividade do sancionamento penal. Com efeito, não pode o poderio, qualquer que seja ele, de seus agentes ser um óbice e condicionar o funcionamento das instâncias de controle, sob pena de se incorrer em uma anti-isonômica “dualidade de critérios”³¹⁵.

No entender de Cláudia Cruz Santos,

“se a diminuição das desigualdades sociais pode fazer decair os números da criminalidade de colarinho branco, que é uma fonte de desigualdade na administração da justiça penal, também uma justiça mais igualitária conduzirá à diminuição do crime de colarinho branco. (...) A igualdade social e a igualdade na aplicação da justiça parecem estar, assim, numa relação de dependência mútua”³¹⁶.

Em conformidade com o que foi acima exposto, não se pode desconsiderar as grandes empresas do atual cenário criminal e criminológico que se estende pelo globo. Diante desta perspectiva, Faria Costa assevera que

“em termos de linguagem jurídica, comunicacionalmente relevante, a empresa, tala como o homem concreto, passou a ser uma entidade que o campo discursivo considerou suscetível de gerar comunicação; considerou-se suscetível de produzir uma narrativa jurídica, designadamente jurídico-penal. Ora, a aceitação destes pressupostos leva também a que não possamos deixar de considerar que a empresa passou a ser, nesta óptica, um centro gerador de normatividade.”³¹⁷

Se assim o é, a empresa passou a ser um centro ao redor do qual podem ser concebidas e verificadas várias formas de atividades ilícitas, incluindo-se aquelas que se projetam a partir da própria empresa³¹⁸. Além disso, referidas pessoas jurídicas atuam por intermédio de uma relação interna de seus órgãos e representantes, o que torna possível agirem de forma penalmente relevante³¹⁹.

O direito penal da globalização, portanto, apresenta duas características principais: a) está intrinsecamente envolvido com a criminalidade organizada, na qual atuam grupos de pessoas estruturalmente hierarquizados, em empresas ou em

³¹⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. Op. Cit. p. 216.

³¹⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. Ibidem. p. 222.

³¹⁷ COSTA, José de Faria. **A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)**. In: PODVAL, Roberto (org). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 161.

³¹⁸ COSTA, José de Faria. Ibidem. p. 164.

³¹⁹ COSTA, José de Faria. Ibidem. p. 176.

formas estritas de organização criminosa, além de que a ação material direta se separa, no espaço e no tempo, da ação dos sujeitos mais relevantes no plano delitivo ³²⁰ e b) se trata de uma criminalidade geralmente circunscrita a indivíduos poderosos, fulcrada na magnitude de seus efeitos, precipuamente os econômicos, político e sociais, bem como “pela capacidade de desestabilização geral dos mercados assim como de corrupção de funcionários e governantes”³²¹

Silva Sánchez, diante destas características, entende que não há diferença substancial entre os casos de definição de responsabilidade penal dos sujeitos individuais no âmbito empresarial da problemática da responsabilidade que se erige no seio das organizações estruturalmente hierarquizada³²².

Ao redarguir às críticas de que empresas econômicas não poderiam ser consideradas aparatos organizados de poder, Hefendehl assevera que é preciso reconhecer que o que se entende por aparato de poder é algo que pertence ao mundo das abstrações, do vago³²³. Uma organização econômica, sem espaço para dúvida, visa ostentar poder e acrescentar poder ao que se já tem, dispondo ela de uma estrutura organizada e de mando rígida³²⁴. Além disso,

“se o conceito de poder se amplia mediante o conceito de domínio, por uma parte deixa de ser repulsivo e por outra parte faz evidente que tanto o poder como o domínio são signos de um governo ou de uma estrutura mafiosa ou inclusive precisamente de uma empresa econômica”³²⁵.

Tal conclusão defendida por Hefendehl não se altera com a circunstância de que a estrutura das grandes empresas modernas não seja idêntica a uma estrutura piramidal típica do modelo de burocracia clássica. Em vez de sistemas hierárquicos de divisões, se estabelecem, nas empresas, estruturas organizacionais

³²⁰ JULIO LASCANO, Carlos. **Teoria de Los Aparatos Organizados de Poder y Delitos Empresariales**. P. 29. Disponível em: http://www.ciidpe.com.ar/area1/APARATOS_ORGANIZADOS_DE_PODER_Y_DELITOS_EMPRESARIALES_LASCANO.pdf. Acessado em 15.08.2017.

³²¹ JULIO LASCANO, Carlos. Ibidem. p. 29.

³²² SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria apud JULIO LASCANO, Carlos. Op. Cit. p. 31.

³²³ HEFENDEHL, Roland. **El Dominio Del Hecho en las Empresas desde una Perspectiva Criminologica**. P. 49. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5312158>. Acessado em 20.08.2017.

³²⁴ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 49.

³²⁵ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 49.

diferenciadas, “que acolhem tanto componentes de um *lean management* como também sistemas complexos de coordenação e delegação”³²⁶.

Tal constatação não significa que não haja uma estrutura de poder rígida em determinadas empresas, mas tão somente que se está configurada (a estrutura de poder) de forma diferente e mais sutil, remanescendo o poder de imposição³²⁷.

Destarte, estas corporações tomam para si uma estruturação de organizações, de aparatos de poder, nos moldes do que foi conceituado no capítulo precedente, tendo em conta que, na esteira do que mencionado neste subcapítulo, possuem uma estrutura complexa, hierarquizada e que são utilizadas para a comissão de vários ilícitos penais cujos efeitos são deletérios às sociedades contemporâneas, as quais se veem, por vezes, inermes.

Buscou-se, no presente tópico, apresentar o poderio das grandes empresas em épocas de globalização e os efeitos penais que esse fenómeno vem gerando. Não pretendi exaurir o tema, tendo em vista que uma sua análise mais minudente extrapolaria os lindes e objetivos do estudo em comento.

No entanto, parece escorreita a assertiva de que a estruturação e características destes grandes conglomerados societários, quando trasladados para a teoria do domínio da organização, são capazes de embasar a conclusão da existência de um aparato organizado de poder.

Os tópicos abaixo visam demonstrar como os demais requisitos para a configuração da autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder se adequam a estas figuras empresárias e como o critério da desvinculação do direito acaba sendo prescindível para a caracterização desta modalidade de autoria, corroborado a conclusão acima lançada.

³²⁶ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 50.

³²⁷ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 50.

5.2. SUPERAÇÃO DA VISÃO TRADICIONAL ACERCA DA NECESSIDADE DE O APARATO ESTAR DISSOCIADO DO DIREITO

Consignou-se acima que os sujeitos pertencentes a uma estrutura societária praticam, por intermédio da empresa, vários crimes, destacando-se os perpetrados contra os consumidores, concorrentes, acionistas e outros investidores, inventores e funcionários, Estado sobre a forma de fraude fiscal e a corrupção de funcionários públicos³²⁸.

A delinquência empresarial é vista como sendo aquela na qual se é utilizada a estrutura societária para a comissão de delitos, entendidos desde aqueles praticados por uma entidade que se constitui legalmente e executa atividades legais até aquelas de fachada que visam tão somente à prática de ilícitos penais³²⁹.

São variadas as formas de manifestação deste tipo de criminalidade. Pode ser que a empresa administre capitais provenientes de ilícitos (lavagem de capitais), financie atividades ilícitas que acabam revertendo-se em seu favor, pratique ilícitos penais, no exercício do seu objeto social, tendo em vista que isso pode ser financeiramente rentável³³⁰. Tais condutas podem se dar de forma esporádica, mas também podem se tornar uma política institucional da empresa (nesta última possibilidade, a empresa é usada unicamente para a consecução de fins ilícitos)³³¹.

Sentencia Abello Gual que

“no cabe duda de que algunas personas, para mantener un estatus socioeconómico, inducen y organizan actos delictivos que desplacen y debiliten a sus competidores. Esta modalidad permite hacer un símil con las máfias del licor o de las drogas, cuyos jefes prefieren doblegar a la fuerza a su competencia para efectos de mantener la hegemonia y el monopolio de la actividad ilícita”³³²

Somado ao que foi explanado no tópico anterior, parece não haver margem a dúvidas de que, em determinados casos – averiguados faticamente – a empresa pode ser equiparada a um aparato organizado de poder.

³²⁸ SUTHERLAND, Edwin H. Op. Cit. p. 334.

³²⁹ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. **La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del sócio**. P. 72. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4780052>. Acessado em 02.08.2017.

³³⁰ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Ibidem. p. 73.

³³¹ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Ibidem. p. 73.

³³² ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Ibidem. p. 74.

Ocorre que, como visto, Roxin entende ser inaplicável a estas estruturas societárias a autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder, asseverando que, por não estar a empresa dissociada do direito, resta não preenchido um dos requisitos para a configuração daquela forma de autoria³³³.

Os argumentos principais para a não aplicação da autoria mediata pelo domínio da organização às empresas são: a) a ausência de dissociação do direito, o que faz com que os indivíduos que nela atuem sempre tenham em mente que suas condutas podem ser descobertas e reprimidas³³⁴; b) os sujeitos, por estarem insertos em um aparato que atua nos lindes do direito, se movimentam por si mesmos, e não propulsionados pela organização³³⁵; c) as leis têm a posição suprema e normalmente excluem o cumprimento de ordens antijurídicas³³⁶; d) ausência da fungibilidade dos executores e da alta disposição para o cometimento do fato, uma vez que a incidência da repressão penal estará sempre no horizonte do sujeito³³⁷.

Focarei, no tópico em tela, em objetar o argumento inserido na letra “a” (perpassando superficialmente pelos outros), deixando a crítica mais apurada aos demais para o tópico seguinte.

Preambularmente, insta verificar se o requisito da dissociação do aparato do direito é, em verdade, uma condição *sine qua non* para a configuração da autoria mediata pelo domínio da organização.

Conforme exposto no capítulo anterior, a visão inicial de Roxin era no sentido da necessidade de estar o aparato estruturalmente dissociado do direito³³⁸.

Kai Ambos indaga se e por qual motivo a desvinculação do direito seria um pressuposto necessário para o domínio da organização³³⁹. Com efeito, só pode ser

³³³ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P. 90-91.

³³⁴ ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. P. 333.

³³⁵ ROXIN, Claus. Autoría Y Dominio del Hecho... Op. Cit. P. 277-278.

³³⁶ ROXIN, Claus. Autoría Y Dominio del Hecho... Ibidem. P. 278.

³³⁷ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P. 90-91.

³³⁸ ROXIN, Claus. Autoria y Dominio del Hecho... Op. Cit. P. 276-277; CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit. P. 164.

³³⁹ AMBOS, Kai. **Domínio del Hecho por Dominio de Voluntad en Virtud de Aparatos Organizados de Poder. Una Valoración Crítica y Ulteriores Aportaciones.** Disponível em: <http://derechojusticiasociedad.blogspot.com.br/2009/05/dominio-del-hecho-por-dominio-de.html>. Acesso em 20.07.2017.

imprescindível acaso o domínio derivasse da desvinculação do aparato do direito, “ao ver-se o executor não impedido na realização da ordem por normas jurídicas (previstas no ordenamento) que se oponham a isso”³⁴⁰. Ambos sustenta, no entanto, que o domínio não deriva da desvinculação do direito do aparato, mas sim depende da estrutura da organização e do número de executores intercambiáveis³⁴¹.

A dissociação, destarte, mostra-se para este autor alemão como um pressuposto possível, mas não necessário do domínio da organização³⁴². Para fundamentar seu entendimento, lança a seguinte discussão: como é possível sustentar a desvinculação do aparato do direito quanto o aparato (o próprio Estado) usa o ordenamento jurídico em si mesmo para o “terrorismo de Estado”³⁴³? Não há desvinculação, ao menos não do direito positivo. O direito mesmo interviu nos assassinatos de massa, foi instrumentalizado e usado como direito de dominação, de forma que “nem o Estado nem suas instituições são ilegais, pelo contrário, seguem as leis de acordo com as que tenham sido criados”³⁴⁴.

A República Democrática Alemã (DDR), para Kai Ambos, se configurava em um único aparato estatal vinculado ao seu próprio Direito, de sorte que o supracitado caso dos atiradores do muro de Berlim embasa uma autoria mediata a partir de uma estrutura vinculada ao Direito³⁴⁵.

Ainda em relação ao caso dos atiradores do muro de Berlim, bastante pertinente é a análise realizada por Muñoz Conde ao refutar a ideia de que a

³⁴⁰ AMBOS, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad...* Ibidem.

³⁴¹ AMBOS, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad...* Ibidem.

³⁴² AMBOS, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad...* Ibidem.

³⁴³ AMBOS, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad...* Ibidem.

³⁴⁴ AMBOS, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad...* Ibidem.

³⁴⁵ AMBOS, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad...* Ibidem. Ainda, é pertinente aqui citar o filme “Das Leben Der Anderen” (A vida dos outros), no qual se pode verificar como era a atuação do Estado na República Democrática Alemã. O filme conta a história de Gerd Wiesler, oficial do Estado da Alemanha Oriental, o qual passa a supervisionar a vida do dramaturgo Dreyman, a partir de escutas colocadas no apartamento deste último. Wiesler, a princípio, é bastante rigoroso com os relatórios e com as atividades levadas a cabo por Dreyman, mas, no decorrer da operação, parece sentir empatia por ele e por seus ideais, acobertando-o na redação de uma matéria sobre a RDA que foi publicada na Alemanha Ocidental. O filme mostra bem o aparato que foi a Alemanha Oriental, expondo a maneira pela qual agiam os oficiais e pessoas de alto escalão, pautados sempre pela defesa dos ideais daquele Estado e com uma carga elevada de autoritarismo nas suas investigações e operações, o que possibilita que tenhamos uma noção de como era o direito positivo daquele país. In: **DAS LEBEN DER ANDEREN**. Direção: Florian Henckel von Donnersmarck. Alemanha, 2006. 137 minutos, color. DVD.

Alemanha Oriental era, em seu todo, apartada do Direito. Muñoz Conde entende ser essa afirmação um tanto quanto equivocada³⁴⁶.

Afirma o autor espanhol que uma coisa é quando o Estado pratica crimes, ele mesmo, a margem do Direito, tal como foi a eliminação do povo judeu durante o regime nacional-socialista quando os agentes seguiam ordens (ainda secretas) de Hitler, ou nos países da América do Sul, nos anos 70 (mais especificamente Uruguai, Argentina e Chile), que com o fim de acabar com “movimentos comunistas” realizavam-se “detenções ilegais, torturas homicídios e desaparecimentos de detidos”³⁴⁷.

Diferente, no entanto, é a situação na qual o aparato não está fora do ordenamento jurídico, senão “é ele mesmo o ordenamento jurídico ou uma parte dele, como sucedeu com a legislação da fronteira da R.D.A.”³⁴⁸, sendo complicado fundamentar, nestes casos, a dissociação do direito.

Assevera ainda o catedrático da Universidade Pablo de Olavide que, em muitos países, pode-se averiguar a existência de ordens e diretrizes que contrariam os pactos internacionais por eles ratificados, porém isso

“não quer dizer que seus sistemas políticos possam ser considerados em um todo como organizações criminosas à margem do direito, senão simplesmente que essas diretrizes e ordens, na medida em que sejam contrárias aos pactos subscritos, são antijurídicas”³⁴⁹.

Nos governos ditatoriais haverá violações a direitos como característica marcante destes regimes, mas dificilmente poder-se-á afirma-lo à margem do Direito, senão valorando-os em cotejo com uma concepção diversa de Estado, marcada por princípios democráticos³⁵⁰. No que concerne à República Democrática Alemã, queria ela proteger a identidade de seu sistema político com a utilização do Direito Penal, ainda que com a perpetração de excessos e lesões a Direitos Humanos, mas a despeito de ter se mostrado falha, essa política, como apregoa

³⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Dominio de la Voluntad en Virtud de Aparatos de Poder Organizados en Organizaciones ‘no Desvinculadas al Derecho**. P. 107. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/16mconde.pdf>. Acesso em 15/08/2017.

³⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Dominio de la Voluntad...* Ibidem. p. 107.

³⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Dominio de la Voluntad...* Ibidem. p. 107.

³⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Dominio de la Voluntad...* Ibidem. p. 107.

³⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Dominio de la Voluntad...* Ibidem. p. 107.

Jakobs, não reconduz a um sistema de imputação “pensado para a maldade subjetiva em circunstâncias ordenadas”³⁵¹.

Além disso, importa registrar que o B.G.H., em sua resolução de 24 de outubro de 1996, expressou que a legislação de fronteiras da R.D.A. não autorizava “a morte dolosa de pessoas que não queriam outra coisa que não transpassar os limites fronteiriços entre as duas Alemanhas, sem portar armas e sem por em perigo bens jurídicos reconhecidos”³⁵². Além disso, o B.G.H. afirmou, na ocasião, que não havia diferença substancial entre a legislação de fronteira da Alemanha Oriental da legislação da Alemanha Ocidental em relação ao uso de coação direta, atestando-se no referido processo que as execuções levadas a cabo pelos agentes do muro de Berlim se deram em função de ordens emanadas pelo Conselho Nacional de Defesa, no sentido de que os que tentassem ultrapassar a fronteira deveriam ser eliminados³⁵³.

Nesse caso, pois, tem-se um “crime no Estado”, para se valer da terminologia empregada por Jakobs, e não crime de Estado, já que também se deu com infração aos preceitos legais vigentes da RDA, não consubstanciando, portanto, simples atos de soberania³⁵⁴.

É por conta disso que Muñoz Conde sustenta que não pode esse aparato (República Democrática Alemã), pois, ser considerado como uma organização a margem do Direito³⁵⁵.

Assim, só se pode afirmar a desvinculação do Direito quando se toma como pontos de referência valorações típicas do Estado de Direito que, em última instância, são supralegais e de direito natural³⁵⁶. Tal perspectiva pode até ser convincente em um plano valorativo (um Estado que viola a *lex naturalis* ou *lex aeterna* é injusto e, por isso, se separa do direito), porém resulta extremamente abstrata³⁵⁷. Deste modo,

³⁵¹ JAKOBS, Gunther apud MUÑOZ CONDE, Francisco. *Dominio de la Voluntad...* Ibidem. p. 107.

³⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Dominio de la Voluntad...* Ibidem. p. 107.

³⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Dominio de la Voluntad...* Ibidem. P. 107-108.

³⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Dominio de la Voluntad...* Ibidem. P. 108.

³⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Dominio de la Voluntad...* Ibidem. p. 109.

³⁵⁶ AMBOS, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad...* Ibidem.

³⁵⁷ AMBOS, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad...* Ibidem.

“uma desvinculação do direito entendida deste modo se dilui e a abstração do direito positivo que comporta cria uma situação jurídica que não pode opor-se ao domínio do fato pelo homem de trás. Pois os princípios não escritos supraleais não são evidentes para o executor do fato, e por isso não podem constituir uma barreira para a execução da ordem”³⁵⁸.

Esta perspectiva jusnaturalista a que faz alusão Kai Ambos é dotada de pouca efetividade no seio do Estado³⁵⁹, além de exprimir muito mais desejos e projeções futuras, mas sem força suficiente para se impor³⁶⁰.

Ademais, é importante ressaltar que o jusnaturalismo pode levar a várias concepções acerca do que merece ser alçado a condição de Direito Natural. Com efeito, não é demais lembrar que Aristóteles via a escravidão como direito natural³⁶¹.

De qualquer sorte, existe dissenso inclusive entre os defensores do Direito Natural a respeito de quais direitos devem ser assim considerados (basta olhar para o direito de propriedade, que para os liberais, como Locke, era considerado um Direito Natural e, de outro lado, os socialistas utópicos, como Campanella, para o qual o único regime natural seria a comunhão de bens)³⁶².

Norberto Bobbio asseverava que, mesmo desconsiderando essa plêiade de acepções que comporta a ideia de Direito Natural, ainda sim é possível tecer a crítica de que ele não alcançara a definição do que é justo e o que não é, tendo em conta que um evento ser natural é um juízo de fato, ao passo que se aferir ser isso bom ou ruim, justo ou injusto, é um juízo de valor³⁶³. Tal afirmação engendra a conclusão de que o jusnaturalismo não permite a dedução do valor do fato, mas antes disso extrai um valor de outro valor pressuposto na natureza³⁶⁴, de forma que algo ser ou não natural não corresponde, pois, a ser justo ou injusto³⁶⁵.

De igual sorte, considerando o jusnaturalismo como fundamento da moral, a crítica é a mesma: serve ele para embasar as mais variadas morais, inclusive as

³⁵⁸ AMBOS, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad...* Op. Cit.

³⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1.ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016. P. 199.

³⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *Ibidem*. p. 202.

³⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Ibidem*. p. 202-203.

³⁶² BOBBIO, Norberto. *Ibidem*. p. 204-205.

³⁶³ BOBBIO, Norberto. *Ibidem*. p. 208.

³⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *Ibidem*. p. 209.

³⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *Ibidem*. p. 209.

diametralmente opostas, cada qual pautada na concepção das mais variadas correntes acerca do(s) direito(s) natural(is).³⁶⁶ Deste modo, o jusnaturalismo, também como teoria da moral, é insustentável, uma vez que a natureza não é um critério válido para distinguir as várias tendências do homem. Mesmo levando em conta que assim poderia ser, já se afirmou que o juízo de fato (pertencer à natureza) não leva ao juízo de valor positivo³⁶⁷.

Assim, essa desvinculação estrutural da ordem jurídica, com cariz jusnaturalista, é por demais abstrata, comportando as diversas acepções do que é “bom” ou “ruim” decorrente do que acima foi exposto. Por assim o ser, perde sua razão como elemento autônomo fundante da autoria mediata³⁶⁸³⁶⁹.

Deste modo, não parece adequada a utilização de uma característica que se mostra aberta e sem razão de ser como condição necessária para a configuração da autoria mediata pelo domínio da organização. Com efeito,

“considere-se un trabajador que recibe la orden de su superior de adulterar unos estados financieros que serán presentados al día siguiente a la junta de accionistas. El empleado lo hace e incurre en una falsedad. Se puede afirmar el autor principal del delito es el empleado? No. En los delitos empresariales, el papel que ejerce la persona que está detrás, y la de más atrás, es evidentemente más importante que el del autor material. (...) quien está detrás siempre está cubierto en la estructura societaria, todo lo cual dificulta su persecución por el Derecho Penal”³⁷⁰.

O seu ato, pois, merece maior reprovação de que o de um mero partícipe, com a incidência de uma reprimenda mais condizente com sua responsabilidade.

Do ponto de vista político-criminal, a importância do indivíduo que está atrás é enorme. Isso não é diferente nos delitos realizados a partir das empresas, já que, sem dúvida, o dirigente que está atrás, por vezes, terá maior importância que o mero

³⁶⁶ BOBBIO, Norberto. Ibidem. p. 217-221.

³⁶⁷ BOBBIO, Norberto. Ibidem. p. 225.

³⁶⁸ AMBOS, Kai. Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad... Op. Cit.

³⁶⁹ Não se quer, ressalte-se, defender que o “Direito” significa, unicamente, lei ou norma, na visão de um positivismo legalista ou normativista, respectivamente, mas apenas elucidar que a valoração dada ao elemento “dissociação do direito” recai em um campo bastante aberto, incerto e abstrato, de forma que, a meu ver, com base nas críticas expendidas, não se legitima como condição *sine qua non* para a caracterização da autoria mediata pelo domínio da organização.

³⁷⁰ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Op. Cit. p. 76.

executor do fato punível, não podendo este dirigente valer-se da estrutura empresarial para se vir impune por um ato delitivo que por si foi ordenado³⁷¹.

Viu-se, no capítulo precedente, que Roxin alterou sua visão quanto à dissociação do direito, passando a entender que o aparato não mais esteja estruturalmente apartado do direito, mas apenas dissociado em relação às suas “atividades penalmente relevantes”³⁷² ou “no marco dos tipos penais realizados por ele”³⁷³. Assim, atualmente a desvinculação do Direito “se refere unicamente aos fatos cometidos em autoria mediata e não ao resto das ações que se produzem dentro da organização”³⁷⁴.

As críticas acima tecidas continuam plenamente aplicáveis a esse entendimento, eis que Roxin entende “Direito” como “valores fundamentais que são partilhados pelos ordenamentos jurídicos estatais e que servem de base para a construção de bens jurídicos individuais ou coletivos”³⁷⁵, estando presente, pois, a abstração face ao direito positivo mencionada por Kai Ambos e acima citada.

Além disso, possível acrescentar as críticas tecidas por Iván Meini em relação à dissociação do direito do aparato organizado de poder. Segundo o mencionado autor,

“si de lo que se trata es que la organización opere al margen del sistema que conforman las normas de convivencia propias del Derecho Penal Internacional, todo delito, con independencia de si se ha cometido en el marco de un aparato de poder o si ha sido perpetrado por una sola persona, se opone a dicho concepto de Derecho”³⁷⁶

Ora, parece que veicular a condição da dissociação do direito à conduta penalmente relevante ou ao fato cometido em autoria mediata é dizer nada mais que se está diante de uma conduta delituosa, de sorte que qualquer conduta antijurídica e contrária aos valores acima citados adequar-se-ia a esta definição³⁷⁷.

³⁷¹ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Ibidem. p. 77.

³⁷² ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão... Op. Cit. p. 311.

³⁷³ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P.81; CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit. P. 164.

³⁷⁴ ROXIN, Claus apud CARO CORIA, Dino Carlos. Ibidem. P. 165.

³⁷⁵ CARO CORIA, Dino Carlo. Ibidem. P. 166.

³⁷⁶ MEINI, Iván. Op. Cit. p. 221.

³⁷⁷ MEINI, Iván. Ibidem. p. 221.

Ademais, o penalista peruano assevera ser equivocada a ideia, defendida por Roxin, de que em uma empresa o sujeito pode resistir às ordens ilícitas exaradas por seu superior em razão de o Direito se sobrepôr como óbice – eis que sempre estará no horizonte a possibilidade da repressão penal –, ao passo que, em um aparato de poder dissociado do Direito, o subordinado não haveria de se motivar conforme o Direito, tendo em conta que encontra-se o aparato dele desvinculado³⁷⁸.

Isto porque, o só fato de o indivíduo integrar uma organização que tenha relegado o Direito não enseja a renúncia do sistema jurídico, em um Estado Democrático, em proteger este conjunto de valores³⁷⁹.

Neste aspecto, embora se possa afirmar que os sujeitos executores estejam encobertos pelo aparato, podem eles sofrer a represália das autoridades relacionadas às instâncias repressivas, sejam estatais, sejam internacionais (exemplo disso é o multicitado caso Fujimori). O fundamento, portanto, que deve o aparato estar “dissociado” do direito e que isso faz com que os executores estejam seguros de que restarão impunes não resta evidenciado, além de que a fundamentação concerne muito mais à disposição do sujeito à prática do fato, o que não caracteriza, por si só, um pressuposto autônomo. Os comentários quanto à disposição dos executores ao cometimento do fato no seio de uma empresa econômica serão pormenorizadamente expostos no tópico seguinte.

Ademais, impende salientar que, se se parte de um fundamento de que os executores imersos em um aparato desvinculado de poder sentem-se ‘intocáveis’, o mesmo pode ser afirmado da criminalidade de empresa erigida com a globalização. Essa modalidade de criminalidade

“não nos aparece na limpidez de um só segmento de ilícito. Tudo nos surge amalgamado. Vale por dizer: a criminalidade econômica mistura-se com atuações de tráfico de drogas e de armas, prostituição, etc, não se sabendo qual é a atividade preponderante. O que se note é que um tão desmesuradamente grande fluxo de capitais ilícitos não pode subsistir se não tiver na retaguarda apoio no próprio sistema bancário”³⁸⁰.

³⁷⁸ MEINI, Iván. Ibidem. p. 222.

³⁷⁹ MEINI, Iván. Ibidem. p. 222.

³⁸⁰ FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit. p. 260-261.

Desta forma, essa modalidade de criminalidade consegue suprimir os limites entre atividades delituosas e lícitas “na medida em que integra na sua organização tanto grupos criminosos, como o business internacional legal e semi-legal”³⁸¹.

Por assim ser, esse cinzento campo entre o lícito e o ilícito, somado à dificuldade acima mencionada em razão da estruturação complexa do aparato, enseja uma dificuldade para a esmorecida perseguição e, por conta disso, também uma certa “imunidade” por parte dos responsáveis por estas espécies de crime.

Por derradeiro, a visão de Roxin de que apenas os executores submersos em um aparato dissociado do direito é que podem acatar às ordens de forma automática, eis que acreditam não ser alvos da repressão penal relativa à violação do Direito por eles relegado, parece ir de encontro ao próprio fundamento material da culpabilidade para o mesmo autor.

A dirigibilidade normativa, para Roxin, está ligada à capacidade de agir conforme a norma, e seria aferível a partir da observância do elemento empírico da capacidade de autodireção e do elemento normativo de autodireção conforme as normas³⁸².

Nessa toada, sustenta Iván Meini que

“Si los miembros de un aparato de poder que opera desligado del Derecho ya no estuvieran sometidos a la normatividad de la cual, se dice, se han apartado, no se les podría imputar el delito porque tendrían un déficit de motivación que neutralizaría la vigencia de la norma penal”³⁸³

Roland Hefendehl também entende que a dissociação do direito, por parte do aparato organizado de poder, não é um elemento que condiciona a possibilidade de existência da autoria mediata pelo domínio da organização, asseverando o professor de Dresden que o que importa para aferir o domínio é a fungibilidade dos executores e os mecanismos de neutralização inseridos em uma empresa (a qual pode ser equiparada a aparatos de poder)³⁸⁴. A teoria de Hefendehl, no entanto,

³⁸¹ FRANCO, Alberto Silva. Ibidem. p. 262.

³⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 284.

³⁸³ MEINI, Iván. Op. Cit. p. 222.

³⁸⁴ HEFENDEHL, Roland. Op. Cit. p. 51-52.

será tratada no tópico a seguir, uma vez que se amolda também à fungibilidade e à disposição do executor para a prática do crime.

Nesta toada, importante salientar que o caso da interrupção do tratamento, julgado pelo BGH e criticado por Roxin³⁸⁵, não comporta, de fato, autoria mediata pelo domínio da organização, mas por fatores outros que não a dissociação do direito. O caso concerne à instrução dada pelo médico e pelo filho da vítima, uma mulher idosa acometida de lesão cerebral grave, aos enfermeiros para interromperem a alimentação artificial da paciente³⁸⁶. Entendeu o BGH que havia autoria mediata do filho e do médico em razão da ordem e do papel das pessoas vinculadas à ordem, possuindo eles, pois, o domínio do fato³⁸⁷. Ocorre que ausente a autoria mediata aqui em razão da falta de fungibilidade dos executores, de uma organização estruturada e de eventual domínio sobre a organização (inexistente, ressalte-se), em nada sendo relevante estar um hospital vinculado ou não ao direito.

Com efeito, é certo que o modelo estatal acaba se tornando o modelo ideal de aparato de poder, mas estar ele, ou qualquer organização, desvinculado ou não do Direito é algo que não gera reflexos na autoria mediata pelo domínio da organização³⁸⁸.

No tópico que se segue, buscarei averiguar a possibilidade de traslado dos demais pressupostos (fungibilidade dos executores e disposição ao cometimento do fato) para a organização empresarial.

5.3. A FUNGIBILIDADE DOS EXECUTORES E A DISPOSIÇÃO AO COMETIMENTO DO FATO NO MARCO DE GRANDES EMPRESAS

Urge verificar, no tópico em comento, se, superado o requisito da dissociação do direito por parte do aparato, estão presentes a fungibilidade dos executores e a disposição ao cometimento do fato no marco de organizações societárias.

³⁸⁵ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. p. 87.

³⁸⁶ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Ibidem. p. 88.

³⁸⁷ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Ibidem. p. 88.

³⁸⁸ MEINI, Iván. Op. Cit. p. 223.

No que atine à fungibilidade dos executores, Roxin nega a possibilidade de extensão para as empresas sob o fundamento de que “no caso de uma organização que trabalha sobre uma base jurídica, deve esperar-se que não se sigam instruções que sejam contrárias ao direito”³⁸⁹.

Hefendehl, a esse respeito, inicialmente questiona o que se deve entender como fungibilidade: a existência de pessoas para substituição toda vez em que haja uma previsão, por parte de órgão, de falha, ou seria a própria estrutura da organização que possibilitaria, diante de uma negativa de execução, a sua captação e substituição, a qualquer momento?³⁹⁰ Se se considera como disposição de uma substituição efetiva no caso concreto, o domínio se reduziria à certeza da ocorrência do resultado, de sorte que o domínio do fato apareceria apenas em determinadas relações organizacionais³⁹¹.

Assevera o autor, no entanto, que a fungibilidade, entendida estruturalmente, não responde a pergunta do motivo pelo qual a substituição funciona quando falta um dos membros da organização. A fungibilidade significa, em uma primeira perspectiva, apenas que há um número de reserva de pessoas idôneas e intercambiáveis como executores, sendo esta uma condição necessária para o domínio da organização³⁹². Além disso, esses homens devem ser dirigidos a certa direção³⁹³.

Nesse sentido, se a fungibilidade deve se identificar com a existência de pessoas substituíveis, então as considerações tecidas por Roxin não se mostram como considerações sobre a fungibilidade em si, mas sim sobre a “dominação do pool fungível dos executores idôneos”³⁹⁴.

Destaca, ainda, que hodiernamente, com a globalização, o mundo se tornou altamente especializado, e a possibilidade de intercâmbio mostra-se convertida em um signo da pós-modernidade, de modo que não é possível, hoje, alguém considerar-se como insubstituível no âmbito laboral³⁹⁵. Evidentemente, o sujeito

³⁸⁹ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 46.

³⁹⁰ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 47.

³⁹¹ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 47.

³⁹² HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 47.

³⁹³ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 47.

³⁹⁴ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 48.

³⁹⁵ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 48.

pode desenvolver destrezas e experiências especiais no seu trabalho, mas isso não o torna, de qualquer forma, insubstituível.

Nesta perspectiva, assevera Hefendehl que, em que pese exista a possibilidade, em uma estrutura que funciona nos lindes do jurídico, de o funcionário se negar a cumprir uma determinação de violar bens jurídicos, sem que isso acarrete algum prejuízo, isso não permite

“ninguna conclusión respecto de la posibilidad de que la massa fungible pudiera servirse de esta posibilidad en la misma manera. En todo caso, podría pensarse en el supuesto que el empleado, a su vez, ocupe una puesto de conexión respecto del bien jurídico, que mediante su negativa pudiera impedir su lesión. Aquí restan al órgano que da la orden suficientes posibilidades para impedir una situación de bloqueo, p. ej., mediante el traslado, la reestructuración o la ocupación doble³⁹⁶

Assim sendo, nas empresas econômicas, a fungibilidade se dá pela regra da substitutibilidade e da existência de vários sujeitos idôneos à disposição da empresa para o cumprimento da ordem³⁹⁷.

De igual sorte, também possível o traslado para o âmbito das organizações empresariais da chamada fungibilidade positiva, exposta no capítulo anterior. Para esta modalidade, a fungibilidade concerne à existência de uma pluralidade de executores potenciais na estrutura da organização, de forma que pode o nível superior escolher, dentre essa plêiade de executores, os que melhor se encaixam na tarefa a ser cumprida³⁹⁸.

Por sua vez, a disposição ao cometimento do fato também se encontra presente no âmbito de organizações empresariais.

Como visto, a alta disposição ao cometimento do fato, por parte do executor, diz respeito às inúmeras influências que o aparato gera no indivíduo que a ele pertence, aumentando, assim, a probabilidade de se alcançar um resultado a partir de uma ordem³⁹⁹.

³⁹⁶ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 48-49.

³⁹⁷ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 49.

³⁹⁸ AMBOS, Kai. El Juicio a Fujimori... Op. Cit. P.264; MEINI, Iván. Op. Cit. P. 224.

³⁹⁹ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P. 86.

O indivíduo que faz parte de uma organização busca se adaptar a ela e adere a atitudes de forma irrefletida, sempre em vistas a galgar posições no aparato ou de manter a posição já conquistada, além de ter a rejeição⁴⁰⁰, pelos demais integrantes do aparato, acaso não pratique as ordens que são lhe dirigidas⁴⁰¹. Assim, o autor mediato passa a ter maior segurança quanto à concretização de suas ordens, tendo em vista que agirá o sujeito de acordo com as proposições do grupo, de forma automatizada e irrefletida⁴⁰².

A disposição essencialmente elevada ao cometimento do fato, para Roxin, restaria afastada em empresas em razão da perspectiva da punição, bem como que, em aparatos que atuam nos limites do Direito, o sujeito se moveria por si mesmo, não sendo propulsionado pelo coletivo que é a organização⁴⁰³.

A questão, com efeito, mostra-se muito mais complexa. Analisemos o assunto com base nas tendências ou distorções cognitivas que influenciam os sujeitos em dinâmicas de grupo, no interior de uma empresa, a partir dos postulados do 'behavioral law and economics' e das doutrinas da psicologia social acerca das dinâmicas de grupo⁴⁰⁴, bem como a partir de uma perspectiva criminológica da inserção do sujeito em um grupo.

Partindo do 'behavioral law and economics', analisa-se a dimensão interna da tomada de decisões⁴⁰⁵, ao passo que as doutrinas da psicologia social dão maior enfoque na dimensão externa da tomada de decisões⁴⁰⁶.

A 'behavioral law and economics' é governada por três máximas, a saber, a) há uma racionalidade limitada, de acordo com a qual qualquer sujeito opera com limitações cognitivas que, por sua vez, refletem distorções cognitivas, as quais, em razão de repetições e habituação, operam como pautas sistematizadas de condutas⁴⁰⁷; b) existe uma força de vontade limitada, significando que o ser humano, ao dispor de um autocontrole limitado, preza pelos efeitos positivos imediatos,

⁴⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Op. Cit. p. 277.

⁴⁰¹ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P. 86.

⁴⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Op. Cit. p. 270.

⁴⁰³ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização... Op. Cit. P. 90-91.

⁴⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Op. Cit. p. 265.

⁴⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 265.

⁴⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 266.

⁴⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 266.

desprezando aqueles que refletem um custo a longo prazo⁴⁰⁸ e c) há também auto interesse limitado, de forma que o agente, certamente, tem interesse em buscar um trato justo e equitativo ao próximo, mas o faz esperando receber o mesmo tratamento em contrapartida, de forma que, se não é assim tratado, age de forma bastante rancorosa⁴⁰⁹.

Essa teoria visa afirmar que as pessoas não são, nem individualmente nem em grupo, reflexivas e racionais, calculando cada passo que dão (há uma faceta racional e outra irracional convivendo de maneira justaposta)⁴¹⁰.

Por sua vez, a psicologia social diz respeito às decisões individuais tomadas em dinâmicas de grupos que são condicionadas por forças situacionais, refletidas pelo contexto no qual se atua⁴¹¹.

Significa dizer que o indivíduo não age apenas por disposições internas, mas costuma-se portar de forma determinada em âmbitos conhecidos e, quando em novos locais, assume padrões de condutas igualmente novos. Essa influência é o que se denomina do poder das forças situacionais⁴¹². Diz-se, por conseguinte, que “no marco de um grupo, seriam forças situacionais as seguintes: os deveres, as normas, as regras e a autoridade, o anonimato e a desindividualização das pessoas e do lugar”⁴¹³. Há, assim, uma enorme pressão dos grupos a influenciar o agir do indivíduo.

Neste aspecto, Hefendehl, ao entender ser possível a configuração da autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder em sede empresarial, afastando o critério da dissociação do direito, ressalta, como características preponderantes, a fungibilidade dos executores e a estrutura hierarquizada da organização. Acrescidos a estes dois pressupostos, no entanto, devem estar os chamados mecanismos de neutralização que, para o autor, são a chave fulcral do domínio, postos em evidência pelas investigações de Sykes e Matza, os quais apresentam uma

⁴⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 266.

⁴⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 266.

⁴¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 266.

⁴¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 266 -267.

⁴¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 267.

⁴¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 267.

“correção ou complementação da teoria das subculturas, segundo as quais seriam válidos os valores e normas que se desviam parcialmente, e cujo seguimento favorece a comissão de fatos puníveis”⁴¹⁴.

As técnicas de neutralização, em sua acepção original, diziam respeito às estratégias de justificação, de acordo com as quais “os jovens harmonizavam seu reconhecimento fundamental dos valores e normas dominantes com seus comportamentos delitivos”⁴¹⁵. Essa constatação, no entanto, não se encontra apenas nas subculturas juvenis, mas também na política e economia. Não funcionam como meras justificações posteriores, mas também precedem, como modelos de pensamento já existente, o comportamento criminal, preparando-o e possibilitando-o⁴¹⁶.

Voltando às distorções cognitivas que são geradas no indivíduo, podem-se elencar as seguintes: a) excesso de confiança – aceita acriticamente suas decisões sem nenhuma reflexão moral; b) excesso de otimismo – propensão a julgar as coisas sob o aspecto mais favorável e positivo, fazendo-o se arriscar nas suas decisões; c) ilusão de controle – acredita que pode controlar determinadas situações que, em verdade, tem fatores alheios à sua vontade como determinantes muito mais fortes; d) “tendência” de confirmação – organiza esquemas teóricos a fim de organizar ideias, mas isso faz com que haja, inconscientemente, para confirmar essa teoria; e) tendência egoísta – sente-se autor de seus êxitos, mas evita buscar sua responsabilização por suas falhas (atribuindo geralmente a fatores externos)⁴¹⁷.

A psicologia cognitiva, com efeito, demonstra que há dois modos de raciocínios, o intuitivo e o reflexivo. No intuitivo, as impressões, associações e intenções do sujeito fluem sem maiores esforços, levando-as a cabo de forma quase automatizada. Ao revés, o reflexivo se pauta por tomada de decisões de forma mais lenta e que requerem maior deliberação⁴¹⁸. Em razão de processar percepções de forma mais célere, as tendências/distorções cognitivas se dão no sistema intuitivo⁴¹⁹.

⁴¹⁴ HEFENDEHL, Roland. Op. Cit. p. 52.

⁴¹⁵ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 52.

⁴¹⁶ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 52.

⁴¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Op. Cit. p. 268-269.

⁴¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 270.

⁴¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 270.

Essa maneira de expressar um modelo de agente é muito mais realista do que o clássico “sujeito racional” (pessoal razoável como o homem médio)⁴²⁰. Com efeito, como se viu, asseverar que o sujeito não praticará o fato, quando imerso em uma estrutura societária (um grupo) porque tem em mente a possibilidade da repressão parece ser um argumento sem um fundamento teórico inabalável, encontrando óbice no que foi acima mencionado. Essas distorções/tendências cognitivas influenciam o indivíduo a agir voluntariamente de um modo quase automatizado, escorado em uma série de erros que são sistematizados pela habituação⁴²¹.

Para se identificar o caminho que leva o sujeito a agir de forma automatizada, Silva Sánchez e Lorena Varela passam pelo seguinte trajeto: 1) sujeito tem uma experiência vital, 2) esta experiência é aprendida intuitivamente, 3) é no sistema intuitivo (aquele que se dá de forma célere, ao contrário do reflexivo) que o sujeito produz, de forma irreflexiva, um juízo distorcido, parcial sobre a realidade (momento do erro), 4) o sujeito se acostuma com esse padrão errôneo de se portar (habituação), 5) essa repetição faz com que o sujeito sistematize o erro e 6) o erro se repete, dando azo a um comportamento automatizado⁴²².

No que atine aos sujeitos que agem no marco de um grupo, para além das tendências/distorções cognitivas acima citadas, é ainda necessário considerar outras.

Há a distorção/tendência de conformidade, de acordo com o qual o indivíduo mostra-se conforme à posição do grupo do qual pertence, ainda que suas convicções pessoais sejam outras⁴²³. Quem inicia um novo ofício tende a observar o comportamento de seus companheiros e de seu superior, aderindo a esses comportamentos para se incluir, de sorte que, se pretende manter uma carreira exitosa na empresa, “seguramente sua conduta se adaptará mais às pautas marcadas pelo grupo se tão somente assume o trabalho como um a mais”⁴²⁴. A mesma lógica se aplica ao chamado pensamento do grupo, tendo em vista que, de um ponto de vista individual, tem o sujeito receio de rechaço quando não segue

⁴²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 271.

⁴²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 272.

⁴²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 273.

⁴²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 276.

⁴²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 276.

certas ideais partilhadas pelo líder ou pela maioria do grupo, aderindo, pois, ao pensamento do grupo ainda que contrário às suas pessoais convicções⁴²⁵.

De acordo com Clinard e Quinney, os sujeitos se deixam influenciar pelas regras comportamentais no interior de empresas, e essas regras podem fazer com que o sujeito rechace as regras jurídicas⁴²⁶. É nessa perspectiva que Sykes e Matza afirmaram sobre a existência de uma “instância superior”, a qual torna a conduta do sujeito algo normal e legítimo no seio do grupo⁴²⁷.

A tendência/distorção de conformidade ainda possui um aspecto grupal, o qual pode engendrar dois efeitos: um comportamento assistemático dos membros ou um comportamento ordenado e sistemático⁴²⁸. Em ambos os casos, no entanto, os indivíduos não buscam analisar as situações ou suas pautas quando há alguma possibilidade de que algo funcione mal e, quando se trata da existência de eventuais condutas ilícitas, preferem os membros do grupo evitar conhecê-las, já que, sob essa falsa ilusão, se não as conhecem, elas não existem, mantendo a hígidez do coletivo⁴²⁹.

Cressey afirmava que, na criminalidade econômica, os sujeitos valoram diversamente suas condutas, de forma que não as consideram fatos puníveis. É certo que pode o indivíduo deixar-se influenciar pelo coletivo em razão de exigências de adaptação ou solidariedade que deve ele seguir⁴³⁰.

Sobre esta situação, importante destacar a lição de Sutherland. De acordo com o autor, a gênese dos crimes de colarinho branco reside no mesmo processo criminógeno dos crimes “comuns”, a associação diferencial. Segundo ele, essa se dá quando o

“comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem de forma favorável esse comportamento criminoso e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável. A pessoa em uma situação apropriada se engaja em tal comportamento

⁴²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 277.

⁴²⁶ HEFENDEHL, Roland. Op. Cit. p. 52.

⁴²⁷ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 52.

⁴²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Op. Cit. p. 277.

⁴²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 277.

⁴³⁰ HEFENDEHL, Roland. Op. Cit. p. 52.

criminoso se, e somente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis”⁴³¹.

E prossegue o autor (a citação, embora longa, é bastante elucidativa):

“Como parte do processo de aprendizagem da prática negocial, o homem jovem, idealista e altruísta é introduzido no ramo dos crimes de colarinho branco. Em muitos casos, os gerentes ordenam que faça coisas que ele considera antiéticas ou ilegais, enquanto em outros casos aprende como obter sucesso com aqueles que têm o mesmo nível. Ele aprende técnicas específicas de transgressão da lei, juntamente com técnicas de identificação das situações em que estas podem ser utilizadas. Além disso, desenvolve uma ideologia geral. Esta ideologia se desenvolve no exterior das práticas específicas e tem o caráter de generalização a partir de experiências concretas, porém em parte é transmitida como uma generalização consubstanciada em frases como ‘nós não estamos no negócio para nossa saúde’, ‘negócios são negócios’, e ‘nenhuma empresa jamais foi construída sobre bem-aventuranças.’ Essas generalizações, transmitidas como tais ou construídas a partir de práticas concretas, auxiliam o recente ingressante no ramo dos negócios a aceitar práticas ilegais e torná-las racionais”⁴³².

Retornando à teorização de Hefendehl, afirma ele que as técnicas de neutralização se configuram de forma apenas indireta por características grupais, mas, na criminalidade econômica, se desenvolvem de forma especial, porquanto envolvem um comportamento distante do bem jurídico e da vítima⁴³³.

O distanciamento da conduta do bem jurídico e da vítima aumenta em empresas com divisões de funções, em um verdadeiro mosaico de condutas conectadas a uma rede de informações, tudo isso dividido previamente de forma meticulosa⁴³⁴. A isto se agrega, como mecanismo de neutralização, a negação da responsabilidade individual mediante a inserção no coletivo, pois o indivíduo percebe ser uma engrenagem funcional substituível na maquinaria, no interior da qual é absolutamente irrelevante a sua vontade individualmente tomada⁴³⁵. Com efeito, o sujeito não pode desencadear nada individualmente, porém tampouco pode algo evitar, de forma que é funcionalmente intercambiável⁴³⁶.

⁴³¹ SUTHERLAND, Edwin H. Op. Cit. p. 351.

⁴³² SUTHERLAND, Edwin H. Ibidem. p. 358-359.

⁴³³ HEFENDEHL, Roland. Op. Cit. p. 52.

⁴³⁴ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 53.

⁴³⁵ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 53.

⁴³⁶ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 53.

Outra distorção existente é o efeito de obediência à autoridade, de acordo com a qual o sujeito crê que o que faz é bom porque foi o superior quem indicou ou, sabendo da ilicitude de sua conduta, acredita que a responsabilidade é exatamente de seu superior⁴³⁷. Um experimento feito pelo psicólogo social Stanley Milgram indica que a maioria das pessoas, quando ordenadas por uma autoridade, tende a cumprir essa ordem, acreditando que a responsabilidade há de ser daquele de quem as ordens foram exaradas, e isso constitui uma prática contínua das infrações em uma estrutura de empresa⁴³⁸.

Além disso, há uma delegação da responsabilidade para os níveis diretivos, de sorte que o trabalhador pode confiar, geralmente, que sua conduta está sendo supervisionada e controlada por uma pessoa que lhe é hierarquicamente superior⁴³⁹.

Por derradeiro, há a distorção atinente ao efeito da função assumida, a qual alude ao comportamento assumido pelo sujeito quando interioriza o papel que lhe é determinado desempenhar na estrutura, de forma que a sua conduta responde a forças situacionais em detrimento das suas disposições internas⁴⁴⁰.

Destarte, a atuação de um indivíduo inserto em um grupo o leva a partilhar da cultura corporativa, de sorte que os códigos próprios do grupo e a racionalização de determinadas pautas transmitidas pelo sujeito integrado no sistema geram uma erosão cognitiva no indivíduo⁴⁴¹. Nesse sentido,

“As políticas de um negócio que tem forma corporativa são ações de uma unidade corporativa. A responsabilidade é dividida entre os diretores, executivos, subordinados e acionistas. Um diretor perde sua identidade pessoal neste comportamento corporativo, e neste aspecto o comportamento das empresas é similar ao comportamento de uma multidão. Pessoas não agem nessas situações como agiriam se isoladas umas das outras”⁴⁴².

⁴³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Op. Cit. p. 277.

⁴³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 277. HEFENDEHL, Roland. Op. Cit. p. 53.

⁴³⁹ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 53.

⁴⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Op. Cit. p. 278.

⁴⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 278-279.

⁴⁴² SUTHERLAND, Edwin H. Op. Cit. p. 345.

A difusão de práticas ilegais no grupo, assim, pode anular o processo de percepção cognitivo, dando ensejo ao que se denomina “atitude criminógena de grupo”⁴⁴³.

Essa assunção, por parte do indivíduo, do pensamento do grupo se dá gradualmente, sendo tão mais intensa quanto mais paulatina seja sua assimilação⁴⁴⁴. Mesmo quando tenha plena ciência da situação, pode existir afetação na estrutura volitiva ou emocional, fazendo-o acreditar que sua conduta protege os interesses da empresa, ou que está pautada em solidariedade ou respeitando o compromisso assumido para com o grupo, estando, por conseguinte, o sujeito motivado a não pensar que a decisão assumida não é a correta⁴⁴⁵.

Em última análise, essas considerações estão umbilicalmente ligadas à necessidade humana de se ver acolhido e reconhecido no grupo⁴⁴⁶.

Com efeito, o empregado, no caso de dúvidas, fomentará o modelo de comportamento que perceba ser o funcional para os fins da empresa, uma vez que

“a pressão de satisfazer as medidas definidas pela direção da empresa cresce, já que um fracasso responsabilizaria todo o grupo. As possibilidades de neutralização se ampliam ainda mais. Elas permanecem dentro da equipe como as de um subsistema, assim como em relação com aquele que dá as diretrizes”⁴⁴⁷.

Diante desta perspectiva, Hefendehl critica o entendimento de Roxin de que, em uma organização que funciona dentro dos limites jurídicos, deve esperar-se que os seus membros não sigam disposições contrárias ao direito. Para tanto, afirma o autor que no âmbito fronteiro entre o engano e a coação, ou no campo cinzento da atividade econômica de risco, falta o sinal indubitável e claro da antijuridicidade penal, sendo este o campo por excelência das técnicas de neutralização⁴⁴⁸.

Destarte, quando se está diante da utilização de técnicas de neutralização conducentes à violação de bens jurídicos, aquele que estabelece ou se utiliza dessas estruturas, com o conhecimento de que as ordens e mandamentos ligam os

⁴⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Op. Cit. p. 279.

⁴⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 279.

⁴⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 279.

⁴⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Ibidem. p. 281.

⁴⁴⁷ HEFENDEHL, Roland. Op. Cit. p. 54.

⁴⁴⁸ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 54.

níveis de controle, funcionaliza essas circunstâncias e “as converte em um momento na fundamentação do domínio do fato, na medida em que ordena uma medida penalmente relevante”⁴⁴⁹.

Do ponto de vista psicológico, portanto, parece equivocada a noção de que, por estar o indivíduo em uma empresa, valoraria ele sua conduta como criminosa e rejeitaria ordens ilícitas, tudo em razão de haver em seu horizonte a perspectiva da punição. O dirigente, portanto, que cria ou se aproveita destas tendências de grupo (quando presentes os demais requisitos, a exceção da desvinculação do direito) atua em autoria mediata pelo domínio da organização⁴⁵⁰.

De igual sorte, do ponto de vista das técnicas de neutralização defendidas por Hefendebl, quando se está diante de uma ordem que se encontra no limite entre a coação (eis que o sujeito, na dependência que tem em relação a seu cargo, vai fomentar comportamentos funcionais à empresa) e erro (tendo em conta que o campo cinzento faz com que haja maior tendência para a eclosão das técnicas de neutralização), ou acaso haja uma institucionalização do injusto (em razão do qual não se espera qualquer questionamento contra a ordem penalmente antijurídica), valendo-se o empresário dessas circunstâncias, erige-se a possibilidade de configuração da autoria mediata pelo domínio da organização empresarial⁴⁵¹.

É por conta destas considerações que se pode afirmar, com segurança, que o critério da desvinculação do direito e a impossibilidade do traslado da teoria do domínio de aparatos organizados de poder às estruturas societárias são artificiais e contrários à realidade criminológica vivenciada⁴⁵².

Desta forma, seja em razão dos efeitos psicológicos que surgem quando o indivíduo está inserido em um grupo, ensejando o eclodir das tendências e distorções cognitivas, seja em razão das subculturas ou associação diferenciada, o sujeito inserido em uma empresa de grande porte, nos moldes acima expostos, possuirão uma disposição altamente relevante para o cometimento da ordem.

⁴⁴⁹ HEFENDEHL, Roland. *Ibidem*. p. 55.

⁴⁵⁰ Conclusão semelhante é compartilhada por Silva Sánchez e Varela, tendo em vista que afirmam que há a possibilidade de se caracterizar a autoria mediata por parte daquele que cria ou se aproveita das distorções cognitivas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. *Op. Cit.* p. 281.

⁴⁵¹ HEFENDEHL, Roland. *Op. Cit.* p. 55.

⁴⁵² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...* *Op. Cit.* p. 717.

Com espede nos fundamentos acima expendidos, tem-se que todos os pressupostos para a caracterização da autoria mediata pelo domínio da organização restam preenchidos – a exceção da dissociação do direito que, conforme se defendeu, é um elemento prescindível.

Restam, portanto, ao menos abaladas as estruturas das objeções lançadas ao traslado desta modalidade de autoria ao âmbito empresarial.

5.4. ALGUNS EQUÍVOCOS A SEREM EVITADOS

Tentou-se defender, nos tópicos anteriores, ser possível a aplicação da autoria mediata pautada na teoria do domínio de aparatos de poder aos delitos cometidos através de uma empresa estruturalmente hierarquizada.

Com isso, no entanto, não se pretende instituir uma panaceia para todas as problemáticas que circundam o tema da determinação da autoria nos delitos societários.

Ora, não se poderia considerar autor um dirigente de uma empresa cuja estrutura não possibilite que sejam os executores fungíveis, tal como são, em geral, as empresas de pequeno porte⁴⁵³. Além disso, não será possível considerar fungível um executor quando dele se espera uma conduta altamente especializada⁴⁵⁴.

Além disso, não será possível uma extensão automática e irrefletida da autoria mediata para as empresas econômicas nas quais não se tenha a disposição essencialmente elevada para o cometimento do fato (seja em razão da ausência das estruturas psicológicas que se alteram nos sujeitos, seja em função da ausência das técnicas de neutralização na empresa⁴⁵⁵).

A transposição da teoria, com efeito, não significa que todo mandante seja autor, sendo imprescindível aferir a confluência dos pressupostos acima mencionados para a configuração da autoria mediata pelo domínio da organização.

⁴⁵³ HEFENDEHL, Roland. Op. Cit. p. 49.

⁴⁵⁴ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 49.

⁴⁵⁵ HEFENDEHL, Roland. Ibidem. p. 55.

Não se quer, desta forma, fazer com que a autoria mediata pelo domínio do aparato se adstrinja – erroneamente – ao lugar ocupado pelo indivíduo. Ora, ocupar o sujeito o lugar de destaque ou comando em um grupo em que um membro, plenamente responsável, comete algum crime não é, e nunca foi, critério para fazê-lo autor desta conduta delituosa⁴⁵⁶.

Tal preocupação mostra-se necessária ante o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal 470, na qual foi a teoria do domínio do fato, relativa à categoria da autoria mediata pelo domínio da organização, erroneamente aplicada⁴⁵⁷.

Na ocasião, alguns Ministros do Pretório Excelso acabaram veiculando o entendimento de que determinados réus eram autores porque ocupavam eles altos cargos e posições e, por conta disso, possuíam o domínio do fato⁴⁵⁸.

Bastante elucidativos são os seguintes trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa:

“A meu sentir, está comprovado que o acusado José Dirceu controlava os destinos da empreitada criminoso, especialmente mediante seus braços executores mais diretos, senhores Marcos Valério e Delúbio Soares, com a colaboração do denominado núcleo financeiro. Em razão do cargo elevadíssimo que exercia à época dos fatos, o acusado José Dirceu atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição.

(...)

Senhor Presidente, já faz algum tempo que eu proferi o meu voto, precisamente uma semana, mas eu creio ter deixado bastante claro, bastante explícito que o autor intelectual, o mandante, o controlador, o organizador é autor, e não partícipe”⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ GRECO, Luís. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria... Op. Cit. p. 41.

⁴⁵⁷ LEITE, Alaor. **Domínio do Fato, Domínio da Organização e Responsabilidade Penal por Fatos de Terceiros. Os conceitos de Autor e Partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal.** In: GRECO, Luís et al. *Autoria como Domínio do Fato...* Op. Cit. P.144.

⁴⁵⁸ LEITE, Alaor. *Domínio do Fato, Domínio da Organização...* Op. Cit. p. 144.

⁴⁵⁹ LEITE, Alaor. *Domínio do Fato, Domínio da Organização...* Ibidem. P. 144.

O Ministro, com a vênia devida, olvida as escâncaras toda a complexidade da teoria, reconhecendo a autoria de um dos acusados pelo domínio da organização sem que tenha aferido os seus pressupostos configuradores.

O termo domínio do fato⁴⁶⁰, na Ação Penal 470, como se infere de algumas decisões, se refere simplesmente à posição hierárquica ocupada pelo sujeito dentro de uma estrutura⁴⁶¹. Essa forma errônea de aplicação da teoria também é exemplificada com a seguinte passagem do voto da Ministra Rosa Weber:

“Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa. (...) Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovas que inexistia poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *juris tantum* de autoria (...).”⁴⁶²

Além de a “presunção de autoria” ser um absurdo processual, a fundamentação utilizada pela eminente Ministra não guarda relação alguma com o que é a autoria mediata pelo domínio da organização. Novamente aqui se tenta simplificar, ao máximo, a teoria para a determinação da autoria a partir do lugar ocupado pelo sujeito.

Destarte, o presente tópico se destina tão somente a indicar alguns equívocos a serem evitados quando da aplicação da teoria da autoria mediata pelo domínio da organização para a criminalidade de empresa. Em momento algum se quer fundamentar a autoria (e eventual responsabilidade penal daí advinda) em razão de um alto cargo ocupado ou simplesmente da posição de diretor/dirigente em

⁴⁶⁰ Além disso, percebe-se que parte dos Ministros se vale do termo “Domínio do Fato” para fazer referência ao Domínio da Organização, em uma verdadeira confusão de nomenclaturas. Não apenas os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no entanto, se equivocam quanto a nomenclaturas e aspectos da teoria. Ao criticar o julgamento da Ação Penal 470 e fazer um breve incursão sobre a teoria em tela, Lênio Streck, além de realizar uma confusão de nomenclaturas, criando termos alemães que não correspondem aos termos originais (tais como ‘*Der Mann hinter*’, quando, em verdade, o correto seria ‘*Hintermann*’), também se refere à Teoria do Domínio do Fato como se se a reduzisse apenas ao domínio da organização, além de cometer alguns equívocos teóricos que denotam a falta de conhecimento do que se fala. O artigo de Lênio Streck encontra-se em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>.

⁴⁶¹ LEITE, Alaor. Domínio do Fato, Domínio da Organização... Op. Cit. p. 145.

⁴⁶² LEITE, Alaor. Domínio do Fato, Domínio da Organização... Ibidem. p. 147-148.

uma empresa. Tal fundamento seria, em verdade, instituir uma busca por uma responsabilidade objetiva, já que a assunção da posição do autor se daria, tão somente, pelo cargo ocupado.

É, ademais, importante registrar que ainda se desenvolve hoje, em todo o globo, fórmulas de responsabilidade penal das próprias pessoas morais, concorrentemente a das pessoas físicas⁴⁶³.

⁴⁶³ CARBONELL MATEU, Juan Carlo; BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas... Op. Cit. p. 49.

6. ALTERNATIVA A IMPUTAÇÃO INDIVIDUAL NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA: COAUTORIA ENTRE O HOMEM DE TRÁS E O EXECUTOR.

Verificou-se, nos capítulos precedentes, a discussão que circunda a determinação da autoria nos delitos empresariais a partir da teoria da autoria mediata pelo domínio da organização.

Depreendeu-se que, para Roxin e seus seguidores, não seria possível falar em uma autoria mediata, pelo domínio do aparato organizado, em crimes cometidos no seio de uma empresa, porquanto ausentes os requisitos para a caracterização da autoria mediata pelo domínio da organização.

Tentou-se, com efeito, apresentar um ponto de vista diverso do que o tradicionalmente difundido, com a defesa da possibilidade de traslado da autoria mediata pelo domínio da organização aos crimes societários, valendo-se, para tanto, do entendimento de que o requisito da dissociação, por parte do aparato, do direito é um pressuposto prescindível. Além disso, tentou-se afirmar o preenchimento dos demais requisitos para a configuração desta modalidade de autoria, a saber, o domínio sobre uma estrutura verticalmente hierarquizada, a fungibilidade – no sentido de substitutibilidade – dos executores e a alta disposição que têm eles para o cumprimento da ordem, sobremaneira a partir de uma perspectiva psicológica e criminológica da inserção do indivíduo em um grupo.

No capítulo em comento, busca-se tão somente apresentar uma alternativa viável a determinação da autoria em sede de crimes societários (especialmente quando, na aferição fática, não se verificar os requisitos para a caracterização da autoria mediata pelo domínio da organização), qual seja, a coautoria entre o homem de trás e o executor do fato delituoso.

Antes, no entanto, de se adentrar nas especificidades desta modalidade de concurso de agentes (coautoria), mister se faz elucidar o pensamento de Roxin sobre a questão da coautoria, tanto em aparatos de poder quanto em empresas.

Para o renomado professor alemão, acaso se tome em consideração a existência de um aparato organizado de poder, aceitar a coautoria entre o homem de trás e o executor é inviável, porquanto ausentes todos os seus pressupostos⁴⁶⁴.

Com efeito, faltaria uma decisão comum para o fato, porquanto o cumprimento de uma ordem exarada da cúpula representaria o contrário de um “acordo entre os coautores”⁴⁶⁵. Assevera Roxin que a coautoria baseia-se na “obrigação mútua e não na vinculação unilateral do emissor da ordem. Falta, na tomada de decisão, a posição característica de mesma categoria para a coautoria”⁴⁶⁶.

Falta, pois, uma estrutura horizontal, tendo em conta que onde há uma estrutura vertical, como em aparatos organizados de poder, se tem a imposição de uma ordem e, por conseguinte, autoria mediata e não coautoria⁴⁶⁷.

De igual sorte, faltaria a execução conjunta do fato, tendo em vista que aquele do qual a ordem emana, via de regra, não estará presente na fase executiva do *iter criminis*⁴⁶⁸. Leciona o autor que

“isto não é suficiente para o cometimento conjunto, mesmo de acordo com o entendimento de que a coautoria não se limita a contribuições fáticas no estágio de execução. Em todo caso, pode-se fundamentar a coautoria até mesmo sem os problemas da instigação. A coautoria é reconhecida como cooperação baseada na divisão de trabalho através da participação ajustada ao fato. Por isso não se pode discutir aqui por que o homem com a alavanca de poder não quer sujar as próprias mãos e quer deixar o trabalho ser realizado por outro.”⁴⁶⁹

Quando se depara com a questão relativa a determinação da autoria em sede de crimes societários, Roxin se vale da mesma fundamentação para negar a possibilidade de se reconhecer, neles, a coautoria entre o homem de trás (dirigente/administrador) e o executor do fato punível⁴⁷⁰. Justamente por não atuar o dirigente na fase executiva do delito, não aporta ele uma contribuição relevante para

⁴⁶⁴ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Op. Cit. p. 71.

⁴⁶⁵ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Ibidem. P. 71.

⁴⁶⁶ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Ibidem. P. 72.

⁴⁶⁷ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Ibidem. P. 72.

⁴⁶⁸ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Ibidem. P. 72.

⁴⁶⁹ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Ibidem. P. 72-73.

⁴⁷⁰ ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Ibidem. P. 91.

o fato, descaracterizando, assim, a coautoria, tendo em conta que essa exige que a conduta seja imprescindível para a consecução do fato criminoso almejado⁴⁷¹.

Uma vez mais Roxin, ao decretar a impossibilidade de coautoria entre o dirigente e o executor, em sede de crimes societários, vale-se da figura dos delitos de dever para a configuração da autoria⁴⁷². Como se viu, a posição é acertada quanto aos delitos em que há, de fato, a posição de garante por parte do dirigente, mas os crimes cometidos por intermédio de uma empresa não se adstringem aos comissivos por omissão, bem como não é possível estender ilimitadamente a posição de garantir das pessoas da cúpula para com os bens jurídicos a serem afetados.

Analisar-se-á, agora, as críticas que são tecidas a essa posição de Roxin.

6.1. A DIVISÃO DE TAREFAS E O PLANO DELITIVO EMPRESARIAL

Como se viu, a grande empresa é o sujeito econômico de maior transcendência na sociedade moderna, a qual se caracteriza por ser uma sociedade de organizações⁴⁷³.

Tem-se, assim, um contexto no qual existe um âmbito organizacional coletivo, “com divisão de trabalho e uma dinâmica de delegação e coordenação de funções”⁴⁷⁴. As organizações empresariais, por sua vez, assumindo a posição de atores sociais e econômicos de grande importância e relevância, não podem ser tratadas como se fossem um simples conjunto de indivíduos, “senão que supõem uma realidade social distinta daqueles”⁴⁷⁵.

Assim é que, por serem as empresas organizadas de forma complexa, há uma “repartição de funções e distribuição de tarefas dentro da organização”⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. O que Significa a Teoria... Op. Cit. p. 96.

⁴⁷² ROXIN, Claus. O Domínio Por Organização... Op. Cit. p. 91.

⁴⁷³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Imputacion de Hechos en Estructuras Empresariales Complejas**. P.1 Disponível em: http://www.fد.unl.pt/docentes_docs/ma/FCP_MA_13094.pdf. Acesso em: 30.08.2017.

⁴⁷⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Ibidem. P. 4.

⁴⁷⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Ibidem. P. 4.

⁴⁷⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Ibidem. P. 5.

Feijoo Sánchez assevera que, na estrutura organizacional societária, pode-se identificar

“uma atomização ou fragmentação de movimentos corporais, decisões sobre políticas gerais, decisões sobre fatos concretos, conhecimentos sobre riscos e compilação de informações por parte das empresa sobre seus efeitos no entorno de tal maneira que a partir de certo grau de complexidade já não é possível encontrar uma pessoa dentro do emaranhado empresarial na qual coincidam a criação no risco ou participação no mesmo com representações sobre dito risco, nem nada que disponha de uma informação global sobre a atividade empresarial”⁴⁷⁷.

Destarte, é cediço considerar que, na grande empresa, não se têm, nas mesmas pessoas, as informações ou conhecimentos técnicos, bem como a capacidade de decidir e executar estas decisões⁴⁷⁸. O que há, portanto, é uma dissociação entre a atividade de direção e o poder de decisão na empresa e a atividade de execução.

Bernd Schunemann sustenta que o tão só argumento de que falta mútuo acordo entre o executor e o órgão de direção não seria suficiente para se afastar a coautoria⁴⁷⁹. Para embasar tal conclusão, Schunemann parte da ideia de conceitos-tipos, ou seja, de conceitos que possuem vários elementos graduáveis, nos quais as diferentes dimensões representam distintas intensidades, de sorte que a intensidade débil de um dos elementos pode ser compensada com a intensidade elevada de outro elemento pertencente ao conceito⁴⁸⁰.

Dessarte, afirma o autor que a intensidade débil do elemento mútuo acordo da coautoria, em estruturas societárias, compensa-se com a estreita vinculação das aportações levadas a cabo pelo órgão de cúpula e do órgão de execução⁴⁸¹. Decreta Schunemann que considera

“apropriada a admissão de uma coautoria se e porque o principal, por um lado, tem uma posição de garantidor (...) e, por outro, chega a possuir um controle tão intenso sobre o fato por suas contribuições

⁴⁷⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Ibidem. P. 5.

⁴⁷⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Ibidem. P. 5.

⁴⁷⁹ SCHUNEMANN, Bernd. Op. Cit. p. 18.

⁴⁸⁰ SCHUNEMANN, Bernd. Ibidem. P. 18.

⁴⁸¹ SCHUNEMANN, Bernd. Ibidem. P. 18.

ativas que suas aportações (...) só podem abarcar-se adequadamente pela pena da coautoria”⁴⁸².

Com efeito, a decisão não necessariamente tem que ser tomada em comum acordo, bastando que cada interveniente a aceite como um projeto comum e que execute a parte que lhe caiba na sociedade criminosa para lograr êxito na prática da infração almejada⁴⁸³. Deste modo, o plano comum, em grupos ou organizações, não se dá quando todos os intervenientes estejam de acordo em relação a ele, como se previamente tivessem deliberado de forma minuciosa e quiçá democrática, mas sim a partir das instruções daquele que exerce o comando do grupo⁴⁸⁴.

Em que pese possa faltar contato entre os consortes, a aceitação das instruções, por parte deles, gera um projeto de fato comum, sendo que, em consonância com esse projeto, cada qual atua de acordo com as funções e atividades que foram lhe atribuídas⁴⁸⁵.

Helmut Frister afirma ser possível, inclusive, que se tenha coautoria quando os coautores sequer se conheçam, mas atuam com base na divisão de trabalho que existe dentro de amplas organizações⁴⁸⁶.

Não se requer, de forma estanque, uma divisão de tarefas de acordo com um plano comum erigido no seio de estruturas horizontais, sendo plenamente possível que o indivíduo que detém o comando e seus subordinados operem realizando projetos conjuntos⁴⁸⁷. Há possibilidade, pois, de configuração de coautoria em vários níveis de hierarquia, de sorte que “um diretor de uma empresa que dispõe a realização do fato e um técnico que o executa *in situ* bem podem ser coautores”⁴⁸⁸.

Superada a barreira do mútuo acordo, passa-se a análise da necessidade de ‘coexecução’ do fato para a configuração da coautoria.

⁴⁸² SCHUNEMANN, Bernd. Ibidem. P. 19.

⁴⁸³ FRISTER, Helmut. **Derecho Penal. Parte General**. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. P. 557.

⁴⁸⁴ FRISTER, Helmut. Ibidem. P. 557.

⁴⁸⁵ FRISTER, Helmut. Ibidem. P. 557.

⁴⁸⁶ FRISTER, Helmut. Ibidem. P. 557.

⁴⁸⁷ FRISTER, Helmut. Ibidem. 558.

⁴⁸⁸ FRISTER, Helmut. Ibidem. P. 558.

6.2. A 'COEXECUÇÃO' ENTRE O SUJEITO DE TRÁS E O EXECUTOR.

Como visto, um dos argumentos de Roxin para obstar a aplicação da coautoria, pautada no domínio funcional do fato, é a ausência de execução conjunta do fato delitivo.

Para Muñoz Conde, no entanto, a não intervenção na fase executiva do crime não obsta a qualificação da coautoria daquele que controla e decide, concretamente, a realização do fato⁴⁸⁹. Valendo-se dos ensinamentos do próprio Roxin, Muñoz Conde assevera que a adoção de uma acepção puramente formalista da coautoria engendra uma noção que não leva em consideração “el significado de los fenómenos concretos de la realidad”⁴⁹⁰. E prossegue afirmando que “se bem não uma intervenção da fase preparatória, mas ao menos uma cooperação na ação típica ou em relação imediata com essa”⁴⁹¹ poderá dar ensejo à configuração do domínio funcional do fato, que, em termos de domínio, dá base à coautoria⁴⁹².

A coautoria não se adstringe, portanto, à forma de coautoria executiva, podendo haver esta modalidade de concurso quando se tem uma repartição de papéis “entre os diversos intervenientes na realização de um delito, de tal modo que algum ou alguns dos coautores nem sequer estejam presentes no momento de sua execução”⁴⁹³.

Um dos problemas, segundo o autor espanhol, da questão referente a necessidade de coexecução é que a diferenciação entre atos de preparação e atos executivos já se mostra problemática ante a atuação individual, sendo tão mais problemática quanto mais intervenientes houver.⁴⁹⁴

Deste modo, a redução da coautoria a uma acepção formalista, vinculada estritamente a realização da conduta executiva, enseja uma restrição do conceito de

⁴⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Problemas de Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico, o cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?** In: Revista Penal nº 09. p. 67. Disponível em < <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/129/124>>. Acessado em 30.10.2016.

⁴⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 67.

⁴⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 57.

⁴⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 67.

⁴⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. P. 485.

⁴⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Op. Cit. p. 67.

coautoria, relegando atuações tão ou mais graves aos bens jurídicos e dotadas de plena relevância, tal como o são as ações executivas⁴⁹⁵.

Há, no entanto, a problemática de uma ampliação desmesurada do conceito quando se estiver diante de condutas cuja distância temporal de sua prática mostra-se bastante elevada⁴⁹⁶. A solução a ser adota, portanto, deve relegar o formalismo e o naturalismo, devendo-se acolher uma valoração

“global e realista da fenomenologia criminal de algumas formas específicas de criminalidade, assumindo que nelas há condutas que ainda que não diretamente executivas, têm uma vinculação tão direta e imediata com a execução e com a lesão do bem jurídico, que devem valorar-se como uma parte integrante e fundamental de sua realização”⁴⁹⁷.

Assim, essa valoração global das aportações ao fato, em uma perspectiva de imediação espacial e temporal para com a ação executiva, se ajusta, da melhor maneira, à noção de domínio funcional do fato⁴⁹⁸.

A vinculação da coautoria à coexecução, para Muñoz Conde, provoca conclusões deveras discutíveis quando da intervenção de várias pessoas em um delito grave, seja quando praticado por atos terroristas ou quando a ação que refoge do âmbito da coexecução não constitui o núcleo da conduta descrita no tipo penal infringido⁴⁹⁹.

O principal problema de se atribuir à coautoria a imprescindibilidade da coexecução como seu elemento configurador é que condutas que não estão abrangidas pela descrição típica, mas que sejam importantes para o deslinde da empreitada delituosa, são excluídas da coautoria e são tidas como meros atos de participação⁵⁰⁰. Ademais, haverá a possibilidade de se ter um indivíduo que, não participando dos atos executivos, tem o poder de decidir sobre os rumos da

⁴⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 67.

⁴⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 67.

⁴⁹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 68.

⁴⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 68.

⁴⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 69. Igual entendimento é esposado por ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 122-123.

⁵⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 69.

organização, erigindo-se a indagação sobre como qualificar a conduta desse indivíduo⁵⁰¹.

Essas objeções, no entanto, desaparecem quando se adota a concepção de coautoria defendida por Muñoz Conde, eis que não demanda a presença física do sujeito no local da prática do crime, mas sim valora a importância de sua contribuição para a consecução do plano delitivo global do grupo⁵⁰².

Ressalta-se, pois, que para se valorar de forma adequada as contribuições mais importantes para o sucesso do crime, embora não sejam elas atos executivos, deve-se relegar o critério formalista da coexecução⁵⁰³. Desta forma,

“no queda, pues, outra vía que apreciar la coautoría, entendiéndola específicamente em relación com este tipo de actuaciones criminales características de rupos, organizaciones y bandas previamente establecidos, tal como aquí se ha hecho, es decir, como una forma de dominio funcional del hecho, basada en el reparto de papeles, de acuerdo con um esquema organizativo previamente establecido y al que todos tienen que atenerse, conforme al cual unos tienen funciones de dirección, ayuda, vigilancia o apoyo, mientras otros llevan a cabo las acciones propiamente ejecutivas del hecho delictivo”⁵⁰⁴.

Com efeito, a relação daqueles que executam o fato com aqueles que o planejam ou que para ele contribuem, assumindo tarefas fundamentais e essenciais para o êxito do plano, deve ser valorado com uma consideração concreta, atendendo-se as circunstâncias do caso, mas sem perder de vista as peculiaridades da atuação do grupo⁵⁰⁵.

O problema que se põe é saber como determinar a autoria, e a que título caracterizá-la, daqueles que estão na cúpula da organização e não estão diretamente vinculados à execução do fato, em que pese determinem específicas condutas, mas temporal e espacialmente distantes da sua efetivação⁵⁰⁶. Quando se está diante de organizações que conjugam os critérios definidores da autoria

⁵⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 70.

⁵⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 70.

⁵⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 70.

⁵⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 71.

⁵⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 71.

⁵⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 71.

mediata pelo domínio de aparatos de poder, será assim caracterizada a autoria⁵⁰⁷. Pode-se, neste aspecto, existir uma coautoria na decisão do órgão de cúpula, entre aqueles que tomam a decisão⁵⁰⁸.

De qualquer sorte, aferindo-se que a realização de um fato apresente uma importância de tamanha magnitude para a sua consecução, tem-se que essa configuração não traz problemas para uma classificação da conduta como sendo de coautoria⁵⁰⁹. Nos casos, por exemplo, de criminalidade que envolve organizações, não há substanciais diferenças entre aquele que realiza diretamente o fato e aquele que o planeja e o dirige, a despeito de não estar presente na execução⁵¹⁰.

Trasladando a questão para o problema da criminalidade cometida no seio de grandes empresas, assevera Muñoz Conde que, em uma estrutura na qual se verifica a divisão de tarefas no plano horizontal e uma relação hierárquica no plano vertical, parece equivocada a noção de que apenas os executores têm de ser responsabilizados, porquanto aqueles que possuem o poder de comando podem ter atuações tão ou mais importantes acaso cotejadas com as dos executores⁵¹¹.

Os casos criminais com os quais tem-se que preocupar a dogmática penal contemporânea são complexos e

“se realizam através de vários atos, de forma às vezes massiva, durante um lapso de tempo mais ou menos alargado e em diferentes lugares, por várias pessoas, cada uma cumprindo uma função previamente estabelecida, dentro de uma organização, formando parte de uma política ou estratégia comum previamente estabelecida por quem em o controle da organização”⁵¹².

Deste modo, nos delitos econômicos, o núcleo do conteúdo do injusto constitui elemento menos importante, senão quase secundário. Aquele que executa os atos no âmbito empresarial tem função secundária, tendo em conta que possui a

⁵⁰⁷ Importante destacar que Muñoz Conde entende não ser possível o traslado da autoria mediata pelo domínio da organização para a criminalidade de empresa, não por conta da não dissociação do direito, mas porque restará dificultada a existência de fungibilidade de executores e de um domínio sobre uma organização estruturada nos moldes do teorizado por Roxin. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P.81.

⁵⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 71-72. A ideia também é aceita por Roxin: ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão... Op. Cit. p. 339-340.

⁵⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 72.

⁵¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 73.

⁵¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 75.

⁵¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 76.

missão de levar a cabo as determinações que são exaradas da cúpula diretiva⁵¹³. Entende-se, de certa maneira, que a coautoria como coexecução ganhe sentido nos delitos tradicionais, porquanto a execução deles possui um desvalor ético-social bastante elevado em cotejo com atos de preparação e ajuda. Ocorre que tal perspectiva não ganha o mesmo sentido nos crimes empresariais, tendo em vista que as funções organizativas e decisórias são jurídica, social e economicamente consideradas mais relevantes dos que os atos executórios⁵¹⁴. Destarte, tem-se que, nos crimes societários, os “centros de decisão são mais importantes que os centros de execução”⁵¹⁵.

Diante desta perspectiva, entende Muñoz Conde ser possível falar em uma coautoria mediata, tendo em vista que os homens de trás, por serem membros da administração da empresa, decidem e votam pela comissão de um ilícito penal⁵¹⁶. Diz-se coautoria mediata porque o executor da decisão, nesses casos, será um mero instrumento (usualmente agindo em situações de erro)⁵¹⁷. Quando, no entanto, ser o executor plenamente responsável, entende Muñoz Conde que, em substituição à autoria mediata pelo domínio da organização em crimes empresariais, poder-se-ia falar em uma coautoria normal⁵¹⁸.

A isto, como já visto, Roxin teceu as seguintes críticas: não há uma decisão comum para a realização do fato, não há a execução comum e a tese da coautoria olvida a estruturação vertical, típica da autoria mediata, enquanto a coautoria tem uma estrutura horizontal⁵¹⁹.

Jakobs entendia que a intervenção do dirigente não constitui a execução do fato, mas uma preparação, e que o resultado da votação seria executado “em todos os casos práticos relevantes por pessoas responsáveis”⁵²⁰. E é entre as ações de

⁵¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 77.

⁵¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 77.

⁵¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 77.

⁵¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 81.

⁵¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 81.

⁵¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 81.

⁵¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. Ibidem. P. 81-82.

⁵²⁰ JAKOBS, Gunther apud MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 82.

preparação e execução que existe a perspectiva da unidade da ação, a qual visa o fim almejado pelo grupo⁵²¹.

Como já se referiu, o requisito de que o coautor intervenha também na fase executiva do delito não pode ser entendido na criminalidade de empresa tal como o é na criminalidade normal, tendo em vista que, naquele caso, a ação põe em “marcha a decisão de um homem de trás que é quem realmente a controla e a domina”⁵²².

Deste modo, o domínio funcional do fato pode dar-se, também, na fase preparatória quando “configura a execução ou está tão intimamente vinculada com ela que deve valorar-se como um todo em uma consideração global do sucesso”⁵²³. Esta é, para Muñoz Conde, a única tese capaz de explicar a natureza de tomada de decisões em votações da cúpula da empresa, a qual constitui a base para a execução de determinados crimes⁵²⁴.

A conclusão a que se chega é a de que, em relação aos delitos econômicos que se realizam a partir da tomada de decisões no conselho administrativo das empresas ou por seus diretivos, há uma coautoria mediata quando as decisões são levadas a cabo por um executor ou instrumento irresponsável, ou então haverá um caso normal de coautoria quando o executor é responsável e não um mero instrumento⁵²⁵. Apenas assim é que

“podemos imputar a título de coautores as pessoas que, sem realizar ações executivas, porém controlando e dominando grupos de pessoas, decidem a realização de um delito no âmbito da delinquência organizada e empresarial”⁵²⁶

Com efeito, deve-se renunciar ao critério da coexecução e substituí-lo pelo critério de uma realização conjunta com base no domínio funcional do fato, no qual o que importa não é somente a intervenção na fase executiva do delito, mas sim o controle e o domínio que os sujeitos têm sobre a execução do fato delituoso⁵²⁷.

⁵²¹ FRISTER, Helmut. Op. Cit. p. 561.

⁵²² MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 82.

⁵²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 82.

⁵²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. p. 82.

⁵²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 83.

⁵²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 83.

⁵²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 94.

Partilhando ponto de vista semelhante, Paulo César Busato entende que “também se fala em coautoria na hipótese de divisão de tarefas entre a etapa de intelectual (de planejamento) e material (de execução)”⁵²⁸.

Se entendermos ser esse o critério adequado, não será necessária nem a presença física, nem a execução material de algum ato da conduta típica, de modo que essa conceituação alcança delitos cometidos em sede empresarial e em relação aos quais os dirigentes “planificam e decidem sua realização, mesmo que não intervenham na fase executiva do crime”⁵²⁹.

Dessarte, buscou-se apresentar um ponto de vista diverso e viável para a determinação da autoria quando o dirigente da sociedade empresária não reunir – conforme acima defendido – os pressupostos configuradores da autoria mediata pelo domínio da organização.

⁵²⁸ BUSATO, Paulo César. Direito Penal... Op. Cit. p. 719.

⁵²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y Participación... Ibidem. P. 94.

7. CONCLUSÃO

Após a análise acerca da autoria mediata pelo domínio da organização, se averiguou que, para Roxin e seus seguidores, não haveria de se falar em transposição desta modalidade de autoria para os crimes praticados por intermédio de uma sociedade empresária, eis que, além de não ser ela uma estrutura dissociada do Direito, não concorreriam os pressupostos da fungibilidade dos executores e da elevada disposição ao cometimento da ordem, tendo em vista que sempre haverá no horizonte dos indivíduos a possibilidade da repressão penal.

Com efeito, explanou-se que, após a expansão do fenômeno da globalização, as empresas passaram a se tornar um dos principais sujeitos das sociedades contemporâneas, sendo responsáveis por aspectos relacionados à economia e políticas dos Estados. Além disso, grassa atualmente a criminalidade empresarial que, além de ser de extrema complexidade, engendra efeitos inauditos e bastante graves ao corpo social.

Tem-se, portanto, que as sociedades empresárias possuem um papel de relevo no cenário globalizado e, por assim o ser, são também centros dos quais dimanam atividades ilícitas. A complexidade da estruturação de determinadas empresas e o seu porte, conforme se anotou, permitem assemelhá-las a estruturas organizadas de poder.

Além disso, buscou-se criticar um dos requisitos para a configuração da autoria mediata pelo domínio da organização, a saber, a dissociação, por parte do aparato, do Direito. Neste aspecto, a crítica tem início em um dos casos que Roxin usa para exemplificar a autoria mediata pelo domínio de aparatos organizados de poder, o denominado caso dos atiradores do Muro de Berlim. Conforme explanado, longe estava a Alemanha Oriental, como um todo, de ser uma organização dissociada do Direito, além de inexistir qualquer legislação que legitimasse, de fato, a imediata execução daqueles que tentaram ultrapassar a fronteira.

Além disso, se se partir de uma concepção de Direito que não seja vinculada ao Direito Positivo, só se pode afirmar a desvinculação do Direito quando se toma

valorações típicas do Estado de Direito que, em última instância, são supralegais e de cariz jusnaturalista.

Não obstante possam esses ideais de justiça ser convincentes em um plano valorativo, é de se ter em vista que recaem em um plano deveras abstrato para configurar-se como um pressuposto autônomo da autoria mediata pelo domínio da organização, já que permitem uma abertura de concepções do que seriam esses valores que pautam a ideia da dissociação do Direito.

Ademais, se pontuou que o requisito em apreço parece ir de encontro ao fundamento material da culpabilidade para o próprio Roxin – a dirigibilidade normativa, havendo, por conseguinte, certa inconsistência em sua teorização. Se o sujeito já relegou os ditames jurídicos que regem a sociedade na qual está ele inserido, como se pode afirmar que pode se ver motivado pela norma? Haveria ausência, pois, de autodieração conforme as normas.

Destarte, procurou-se afastar o critério da dissociação do direito como um pressuposto autônomo da autoria mediata pelo domínio da organização, defendendo ser ele prescindível para a caracterização desta modalidade de autoria.

Com efeito, verificou-se que, a partir de perspectivas psicológica e criminológica da inserção de um indivíduo em um grupo, seria plenamente possível haver a alta disposição para o cometimento da ordem em uma empresa. O sujeito, em uma dinâmica de grupo, busca adequar seu comportamento de acordo com os padrões tomados pelo coletivo no qual está inserido, mesmo que estes padrões sejam ilícitos e contrários às suas convicções pessoais. Cria-se, deste modo, subculturas delitivas no seio de grupos, sobremaneira nos de empresas, a partir das chamadas técnicas de neutralização, de acordo com as quais os indivíduos passam a adotar a cultura daquele grupo, fazendo com que seus atos sejam funcionais para o coletivo.

Deste modo, à exceção da dissociação do aparato do Direito, que é, em última análise, prescindível, se defende que todos os demais pressupostos para a caracterização da autoria mediata pelo domínio da organização poderão estar presentes em empresas.

Derradeiramente, buscou-se apresentar outra forma de imputação individual em sede de crimes empresariais, sobretudo quando não concorrerem os requisitos para a configuração da autoria mediata acima declinados, qual seja, a coautoria entre o homem de trás e o executor. Afirmou-se que, para a caracterização da coautoria entre estes consortes, seria prescindível a coexecução do homem de trás, eis que o critério para se aferir a relevância de sua conduta para o plano delitivo é o efetivo e relevante domínio que tem sobre o ocorrer típico.

Com efeito, a criminalidade empresarial que se tem atualmente e os deletérios efeitos que causa demandam uma constante (re)investigação e adaptação dos elementos da Teoria do Delito. Buscou-se, neste trabalho, dar enfoque no tema referente à autoria e apresentar uma visão diversa daquela que é a majoritária na doutrina penal. Não se pode manter os institutos penais inertes como se se adequassem de forma perene às alterações socioeconômicas e criminológicas que pululam de forma bastante célere em nossos tempos, sendo imprescindível, pois, que o debate permaneça sempre aceso e incentivado. A investigação veiculada por este trabalho presta-se, deste modo, a este objetivo de não manter estático o cenário concernente à determinação da autoria dos delitos empresariais, especialmente quando decorrerem de decisões tomadas pelos membros da cúpula que, por (muitas) vezes, não são atingidos pelo sistema penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLO GUAL, Jorge Arturo. **La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del sócio.** Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4780052>>.

AGOSTINI, Renata. **Marcelo Odebrecht Usou seu Estilo de Negócios no ‘Departamento da Propina’.** Jornal Folha de S. Paulo. Publicado em 24.04,2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/04/1877740-marcelo-odebrecht-usou-seu-estilo-de-negocios-no-departamento-da-propina.shtml>>.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato.** São Paulo: Saraiva, 2014.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato na Doutrina e na Jurisprudência Brasileira** – considerações sobre a APn 470 do STF. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. V.2. n.02, 2014. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/download/14319/10855>.

AMBOS, Kai. **Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad en Virtud de Aparatos Organizados de Poder.** Una Valoración Crítica y Ulteriores Aportaciones. Disponível em: <<http://derechojusticiasociedad.blogspot.com.br/2009/05/dominio-del-hecho-por-dominio-de.html>>.

AMBOS, Kai. **El Juicio a Fujimori: Responsabilidad de um Presidente por Crímenes Contra la Humanidad Como Autor Mediato en Virtud de un Aparato de Poder Organizado.** Revista de Derecho Penal Y Criminología. Época, n.5 (2011). UNED. Madrid, Espanha. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3791912>>.

AMBOS, Kai. **Sobre la Organización en el dominio de la Organización.** Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20110807_02.pdf>.

AMBOS, Kai (coord). BÖHM, María Laura (Coord). **Desenvolvimentos Atuais das Ciências Criminais na Alemanha.** Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

AMBOS, Kai. GRAMMER, Cristoph. **Domínio Del Hecho Por Organización. La Responsabilidad de la Conducción Militar Argentina por la Muerte de Elisabeth Käsemann.** Disponível em: <<http://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/1025/969>>.

AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). **La Autoria Mediata: el caso Fujimori.** Lima: Ara, 2010.

ANDRETTA, Luiz Renato Skroch. **Concurso de pessoas: uma incursão nos problemas fundamentais do tema à luz da nova parte geral do Código Penal.** 1999. 158 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

ARANA, Raúl Pariona. La Autoria Mediata por Organización en la Sentencia contra Fujimori. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). **La Autoria Mediata: el caso Fujimori.** Lima: Ara, 2010.

ARENDT, Hannah. **Eichmann Em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal.** Tradução José Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento.** Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ASSY, Bethânia. **Ética, Responsabilidade e Juízo em Hannah Arendt.** São Paulo: Perspectiva, 2015.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes. Uma Investigação Sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?:** equívocos do globalismo, respostas a globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral.** 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico.** Tradução de Jaime A. Clasen. 1.ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

BRASIL. **Lei nº 7.492**, de 16 de junho de 1986.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990.

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral.** Tomo II. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. **A Teoria do Domínio do Fato e o Código Penal Brasileiro.** DELICTAE. Vol. 2. N.02. Jan-Jun/2017. P. 91. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/21/20>>.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte Geral.** São Paulo: Atlas, 2013.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **Instrumentos Internacionais no Combate à Corrupção. Transformações e Harmonização do Direito Penal Brasileiro:** considerações sobre os crimes praticados por particulares contra a Administração Pública estrangeira. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 89/2011. P. 95-130. Mar-Abr/2011.

CARBONELL MATEU, Juan Carlo; BUSATO, Paulo César. **Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas:** Reflexões em torno de sua dogmática e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: V. 133/2017. P. 37-67. Jul.2017.

CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la Punición del Ex Presidente Alberto Fujimori. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). **La Autoria Mediata**: el caso Fujimori. Lima: Ara, 2010.

CAVERO, Percy García. La Autoría Mediata Por Domínio de la Voluntad en Aparatos de Poder Organizados: El Caso de Alberto Fujimori Fujimori. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). **La Autoria Mediata**: el caso Fujimori. Lima: Ara, 2010.

COSTA, José de Faria. A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal). In: PODVAL, Roberto (org). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DAS LEBEN Der Anderen. Direção: Florian Henckel von Donnersmarck. Alemanha, 2006. 137 minutos, color. DVD.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves Considerações Sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Econômico. In: PODVAL, Roberto (org). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática Geral das Infrações Contra a Economia Nacional. In: PODVAL, Roberto (org). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Imputacion de Hechos en Estructuras Empresariales Complejas**. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/FCP_MA_13094.pdf>.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 5. Ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1983.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. In: PODVAL, Roberto (org). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FRISTER, Helmut. **Derecho Penal. Parte General**. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização**. Lisboa: Editorial Presença. Tradução de Saul Barata, 2006.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **O Controle da Corrupção: a experiência espanhola**. Revista dos Tribunais. V. 947/2014. P. 359-383. Set/2014.

GRACIANO, Marcelo Kintzel. **O concurso de pessoas nos crimes societários**. 2004. 100f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

GRECO, Luís et al. **Autoria como Domínio do Fato: Estudos Introdutórios Sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. O que Significa a Teoria do Domínio do Fato para a Criminalidade de Empresa. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como Domínio do Fato: Estudos Introdutórios Sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como Domínio do Fato: Estudos Introdutórios Sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. TEIXEIRA, Adriano. Autoria como Realização do Tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como Domínio do Fato: Estudos Introdutórios Sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HEFENDEHL, Roland. **El Dominio Del Hecho en las Empresas desde una Perspectiva Criminológica.** Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5312158>>.

HERZBERG, Rolf. La Sentencia Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). **La Autoria Mediata: el caso Fujimori.** Lima: Ara, 2010.

JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** 4.ed. Granada: Comares Editorial, 1993.

JULIO LASCANO, Carlos. **Teoria de Los Aparatos Organizados de Poder y Delitos Empresariales.** Disponível em: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/APARATOS_ORGANIZADOS_DE_PODER_Y_DELITOS_EMPRESARIALES._LASCANO.pdf>.

LEITE, Alaor. Domínio do Fato, Domínio da Organização e Responsabilidade Penal por Fatos de Terceiros. Os conceitos de Autor e Partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como Domínio do Fato: Estudos Introdutórios Sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LEQUES, Rossana Brum. **O Combate à Corrupção no Mundo: a experiência inglesa.** Revista dos Tribunais. Vol. 947/2014. P. 385-398. Set/2014.

MEINI, Iván. El Dominio De La Organización de Fujimori. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). **La Autoria Mediata: el caso Fujimori.** Lima: Ara, 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General.** 9.ed. Montevideo: BdeF, 2012.

MOKHIBER, Russel. **Crimes Corporativos.** Tradução: James F. S. Cook. São Paulo: Editora Página Aberta, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Dominio de la Voluntad en Virtud de Aparatos de Poder Organizados en Organizaciones 'no Desvinculadas al Derecho.** Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/16mconde.pdf>>.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Problemas de Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico, o cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?** In: Revista Penal nº 09. Disponível em <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/129/124>>.

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho penal:** parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

NORONHA, E. Magalhães (Edgard Magalhães). **Direito penal:** volume 1 : introdução e parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

PERU. **Corte Suprema de Justicia de la Republica.** Sala Penal Especial. 2009.

PODVAL, Roberto (org). **Temas de Direito Penal Econômico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal.** 7ªed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. **O Domínio Por Organização como Forma Independente de Autoria Mediata.** Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Revista Acadêmica de Direito. Law E-Journal. Panóptica. V.4, 2009. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86>>;

ROXIN, Claus. Sobre a Mais Recente Discussão Acerca do Domínio da Organização. In: AMBOS, Kai (coord). BÖHM, María Laura (Coord). **Desenvolvimentos Atuais das Ciências Criminais na Alemanha.** Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SANTOS, Cláudia Cruz. O crime do Colarinho Branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. In: PODVAL, Roberto (org). **Temas de Direito Penal Econômico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral.** 6.ed. Curitiba, PR: ICPC, 2014.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Disposición al Hecho versus Fungibilidad. In: AMBOS, Kai (Ed.); MEINI, Iván (Ed.). **La Autoria Mediata:** el caso Fujimori. Lima: Ara, 2010.

SCHUNEMANN, Bernd. **Responsabilidad Penal En El Marco de La Empresa. Dificultades Relativas a la Individualización de la Imputación.** Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1429556>>.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Dir). FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord). **Criminalidad de empresa y compliance :** prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Dir). FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord). **Criminalidad de empresa y compliance** : prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

SMITH, Michael; VALLE, Sabrina; SCHMIDT, Blake. **Como Funcionava a Máquina de Corrupção da Odebrecht**. EXAME. Publicado em 10.06.2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/jamais-uma-maquina-de-corrupcao-como-esta-havia-sido-descoberta/>>.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal. Parte General I**. El hecho punible. 4.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de Colarinho Branco. Versão sem cortes**. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.